

DIE VERFAHRENSZUSTÄNDIGKEIT IN
WOHNUNGSEIGENTUMSSACHEN

von

GÜNTHER TRAUTMANN

1973



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DIE VERFAHRENSZUSTÄNDIGKEIT IN
WOHNUNGSEIGENTUMSSACHEN

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissen-
schaft (Dr. jur.)

von

GÜNTHER TRAUTMANN

Stadtrechtsrat

aus

Grolsheim/Bingen

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Johannes B ä r m a n n
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Otto M ü h l

Tag der mündl. Prüfung: 2. Februar 1973



I N H A L T S Ü B E R S I C H T

Einleitung	S. 1
Erster Teil: Wohnungseigentumssachen und echtes Streitverfahren	S. 10
Zweiter Teil: Die Verfahrenszuständigkeit nach recht- lichem Vollzug der Gemeinschaft	S. 18
A Die Verfahrenszuständigkeit nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 WEG	S. 18
I. Unstreitige Fälle	S. 18
II. Streitige Fälle	S. 21
1. Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft	S. 21
2. Der Beschluß über die Entziehung des Wohnungseigentums	S. 24
3. Vereinbarungen über Errichtung und Finanzierung des Gebäudes	S. 30
a) Der Streitstand	S. 31
b) Eigene Ansicht	S. 33
4. Inhalt und Umfang des Sondereigen- tums	S. 53
a) Der Streitstand	S. 54
b) Eigene Ansicht	S. 55
5. Schadensersatzansprüche der Woh- nungseigentümer untereinander	S. 59

- II -

B Die Verfahrenszuständigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG	S. 62
I. Unstreitige Fälle	S. 62
II. Streitige Fälle	S. 64
1. Der Streitstand	S. 64
2. Lösungsvorschlag	S. 66
3. Ergebnis	S. 78
C Die Verfahrenszuständigkeit nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 WEG	S. 80
D Die Verfahrenszuständigkeit nach § 45 Abs. 1 Nr. 4 WEG	S. 81
I. Unstreitige Fälle	S. 81
II. Richterliche Eingriffe in Beschlüsse	S. 84
1. Der Streitstand	S. 84
2. Eigene Ansicht	S. 86
a) Rechtsnatur der Beschlüsse	S. 86
b) Grenzen der Beschlußfassung	S. 88
c) Richterliche Korrektur bei Miß- brauch des Mehrheitsprinzips	S. 89
d) Grenzen richterlicher Korrektur	S. 90
3. Ergebnis	S. 97
E Zusammenfassung	S. 98

Dritter Teil: Die Verfahrenszuständigkeit vor rechtl- lichem Vollzug der Gemeinschaft	S. 101
A Das Problem	S. 101
B Der Streitstand	S. 103
C Lösungsvorschlag	S. 107
I. Die Wechselbeziehungen zwischen materiell und formellem Recht	S. 108
II. Das Innenverhältnis der zukünftigen Wohnungseigentümer	S. 109
1. Der Stand der Meinungen	S. 109
2. Lösungsmöglichkeiten	S. 110
3. Vergleich mit anderen Per- sonenvereinigungen	S. 110
4. Die materiell-rechtliche Be- urteilung des Innenverhältnisses der Wohnungseigentumsanwärter	S. 114
a) Die im Grundbuch eingetragene Gemeinschaft	S. 115
aa) Der Stand der Meinungen	S. 116
bb) Lösungsvorschlag	S. 118
b) Die nicht eingetragene Ge- meinschaft	S. 142
aa) Die rechtlichen Entwicklungs- stadien	S. 142
bb) Die faktischen Entwicklungs- stadien	S. 150
III. Lösung	S. 150
D Zusammenfassung	S. 165

- IV -

Vierter Teil: Die Bedeutung des Wechsels eines Wohnungseigentümers oder Verwalters für die Verfahrenszuständigkeit	S. 167
A Der Streitstand	S. 167
B Eigene Ansicht	S. 169
I. Der Wechsel vor Einleitung eines Verfahrens	S. 170
II. Der Wechsel nach Einleitung eines Verfahrens	S. 171
Ergebnisse der Arbeit	S. 173

Schrifttumsverzeichnis

Baltzer:

Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, Köln und Berlin 1965

Bärmann:

Wohnungseigentumsgesetz, Großkommentar, München, Berlin 1955

Bärmann:

Wohnungseigentumsgesetz mit den Richtlinien für die Baubehörden und der Grundbuchverfügung (Kurzkommentar), 3. Auflage, München und Berlin 1964, 6. Auflage, München 1972

Bärmann:

Praxis des Wohnungseigentums mit Formularen und Mustern, 2. Auflage, München 1968

Bärmann:

Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, Berlin-Heidelberg New York 1968

Bärmann:

"Echtes Streitverfahren" in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, AcP 154, 373 ff

Bärmann:

Zur Sicherung des Käufers von Grundeigentum, insbesondere Wohnungseigentum bis zum Eigentumserwerb, Das Haus 1967, 25 ff

von Barby:

Die vorläufige Sicherung des Kaufanwärters von Eigenheimer und Wohnungseigentum durch Vormerkung, NJW 1972, 8 ff

Baumbach-Duden:

Handelsgesetzbuch, 19. Auflage, München 1971

Baumbach-Hueck:

GmbH-Gesetz, 13. Auflage, München 1970

Baur:

Lehrbuch des Sachenrechts, 6. Auflage, München 1970

Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium Bonn 1961

Blomeyer:

Einzelanspruch und gemeinschaftlicher Anspruch von Miterben und Miteigentümern, AcP 159, 385 ff

Bopp:

Die vertragliche Ausgestaltung des Wohnungseigentums in der Praxis, dargestellt am Beispiel der Stadt Karlsruhe, Diss. Freiburg 1963

Botticher:

Prozeßrecht und materielles Recht, ZZP 1972, 1 ff

Dörner:

Das Wohnungseigentumsgesetz und der Sachbegriff des Bürgerlichen Rechts, in: Vom deutschen zum europäischen Recht I (Festschrift für H. Dölle), S. 201 ff, Tübingen 1963

Brodmann:

GmbH-Gesetz, Kommentar, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1930

Brüggemann:

Judex statutor und judex investigator.

Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteifreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozeß, Bielefeld 1968

Däubler:

"Gründungsmängel" beim Wohnungseigentum, DNotZ 1964, 216 ff

Diester:

Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar, Köln 1952

Diester:

Die Rechtsprechung zum Wohnungseigentumsgesetz, München und Berlin 1967

Diester:

Der Eigentumsgedanke in der Wohnungswirtschaft und die neuesten Erfahrungen mit dem Wohnungseigentumsgesetz, Köln 1955

Diester:

3 Jahre WEG, Rechtspfleger 1954, 217 und 281

Diester:

10 Jahre Wohnungseigentum, NJW 1961, 1329

Diester:

Wohnungseigentum heute, BlGBW 1963, 293 ff

Diester:

Die Aufgaben der Grundbuchämter nach dem Wohnungseigentumsgesetz, Rechtspfleger 1965, 193 ff

Diester:

Die Rechtsprechung zu grundbuchrechtlichen Fragen des Wohnungseigentumsgesetzes, Rechtspfleger 1967, 270

Diester:

Die Geltendmachung von Ansprüchen der Wohnungseigentümer gegen einen abberufenen Verwalter auf Auskunftserteilung, Rechnungslegung und Herausgabe von Unterlagen, Rechtspfleger 1970, 55 ff

Diester:

Die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, Rechtspfleger 1972, 197 ff

Erman:

Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, Münster 1967 (jeweils mit Bearbeiter sortiert)

Dormann:

Das Wohnungseigentum und seine vertragliche und grundbuchrechtliche Behandlung, Diss. Nürnberg 1958

Enneccerus-Nipperdey:

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 15. Auflage Tübingen 1959

Esser:

Schuldrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1960

Fabricius:

Relativität der Rechtsfähigkeit, München und Berlin 1965

Fischer:

in Großkommentar zum AktG, herausgegeben von Gadow-Heinrich, 2. Auflage, Erster Band, Berlin 1961

Friese:

Bemerkungen zum Wohnungseigentumsgesetz, NJW 1951, 510

Gaberdiehl:

Mängel bei der Begründung von Wohnungseigentum, NJW 1972, 847 ff

Glage:

Wohnungseigentumsgesetz und Vormerkung, NJW 1967, 813

Grunsky:

Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1970

Hachenburg:

Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 6. Auflage, Berlin 1956

Habscheid:

Freiwillige Gerichtsbarkeit, 5. Auflage, München 1971

Habscheid:

Schiedsverfahren und Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66, 185 ff

Habscheid:

Zum Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 1954, 689 ff

Habscheid:

Besprechung von Brüggemann: "Judex statutor und judex investigator", ZZP 84, 225 ff

Haegele:

Handbuch der Rechtspraxis, Band 4, Grundbuchrecht, 4. Auflage, München 1971

Hagen:

Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre, Freiburg 1972

Henckel:

Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970

Herold:

Die Rechtsstellung der im Grundbuch noch nicht eingetragenen
Eigenwohner im Rahmen der Eigenwohnergemeinschaft, BGBLW
1957, 52

Hohenester:

Zum Rechtsweg in Wohnungseigentumsangelegenheiten, JZ 1957,
657 f

Hueck:

Die Rechtsstellung der Mitglieder von Organen der juristischen
Personen, Der Betrieb 1954, 274 ff

Jansen:

FGG, Kommentar, 2. Auflage, 1969 - 1971

Kapellmann:

Rechtswegprobleme vor endgültiger Begründung des Wohnungseigen-
tums (§ 4. WEG), IHR 1961, 320 ff

Karstädt:

NJW 1961, 1970, Anm. zur OLG Schleswig

Karstädt:

Das Wohnungseigentum - kritisch gewürdigt, BtGBW 1962,
296 ff und 300 ff

Keidel:

FGG, Kommentar, 9. Auflage, München und Berlin 1967

Kölner Kommentar

zum Aktiengesetz, Band I, 3. Lieferung (§§ 76 - 94),
Köln, Berlin, Bonn, München 1970

Kollhosser:

Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München
1970

Larenz:

Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band, Besonderer Teil,
10. Auflage, München 1972

Larenz:

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin,
Heidelberg, New York 1969

Larenz:

Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München
1967

Lehmann:

Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1959

Lutter:

Die Grenzen des sogenannten Gutglaubensschutzes im Grundbuch,
AcP 164, 122 ff

Lent:

Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66, 267 ff

Mattern:

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Eigenheimbewerbervertrag, WM 1972, 670

Meyer-Meulenbergh:

Genossenschaftsrecht, 11. Auflage, München 1970

Meikel-Imhof-Riedel:

Grundbuchrecht, Kommentar, 6. Auflage, Berlin 1965

Mugdan:

Die gesamten Materialien zum BGB, Berlin 1899

Otto:

Die Haftung aus einem von der Vorgesellschaft aufgenommenen Geschäftsbetrieb, insbesondere gegenüber Arbeitnehmern, BB 1954, 572

Palandt:

BGB, Kommentar, 31. Auflage, München, Berlin 1972

Paulick:

Zur Dogmatik des Wohnungseigentums nach dem Wohnungseigentumsgesetz vom 15. 3. 1951, AcP 152, 420 ff

Pfeuffer:

Die Rechtsstellung des Verwalters einer Wohnungseigentümergemeinschaft, NJW 1970, 2233 ff

Raiser:

Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961

RGRK

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Auflage, Berlin, 1959 ff (jeweils mit Bearbeiter zitiert)

Riedel:

Über das Wohnungseigentum an zu errichtenden Räumen, MDR 1951, 468 f

Riedel:

Unklarheiten im Bereich des Wohnungseigentumsgesetzes, Rechtspfleger 1966, 225 ff

Ritter:

Aktiengesetz, Kommentar, 2. Auflage, Berlin und München 1939

Rosenbauer:

Das Wohnungs- bzw. Teileigentum und seine Einordnung in das bürgerliche Recht, Diss. Mainz 1968

Rosenberg-Schwab:

Zivilprozeßrecht, 10. Auflage, München 1969

Schilling:

in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, 6. Auflage, 2. Band (§§ 35 - 84), Berlin 1959

Schmidt:

in Großkommentar zum Aktiengesetz, herausgegeben von Gadow-Heinichen, 2. Auflage, Erster Band, Berlin 1961

Schlegelberger:

Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt 1960

Schuhmann:

Das Ermessen des Richters im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Tübingen 1968

Simshäuser:

Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny, Bielefeld 1965

Soergel-Siebert:

Kommentar zum BGB, 10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967 - 1972 (jeweils mit Bearbeiter zitiert)

Stache:

Die Problematik der §§ 10, 19 des Wohnungseigentumsgesetzes, Diss. Münster 1968

Staub-Hachenburg:

GmbH-Gesetz, Kommentar, 5. Auflage, Berlin und Leipzig 1926

Staudinger:

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Auflage, Berlin 1957 ff (jeweils mit Bearbeiter zitiert)

Tiekötter:

Der rechtliche Charakter der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und der Vereinigungen zur Begründung von Wohnungseigentum, Diss. Münster 1965

von Godin:

Über die Natur des Vorstandsvertrages, ZAKDR 1958, 596 f

von Godin-Wilhelmi:

Aktiengesetz, Kommentar, 2. Auflage, Berlin 1950 und 4. Auflage, Berlin, New York 1971

von Tuhrr:

Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Band, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914

Weitnauer-Wirths:

Wohnungseigentumsgesetz, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1969; 4. Auflage, München 1972

Westermann:

Sachenrecht, 5. Auflage, 1969

Zimmermann:

Ein neuer Verfahrenstyp in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rechtspfleger 1962, 42 ff

Einleitung

Das Rechtsinstitut des Wohnungseigentums, das vor über 20 Jahren (1) gesetzlich eingeführt wurde, hat in den letzten Jahren im deutschen Rechtsleben neben den tradierten Wohnrechtsformen - Eigenheim und Miete - ständig an Bedeutung gewonnen. Die Absicht, die der Gesetzgeber mit dieser gesetzlichen Neuregelung ursprünglich verfolgte (2) - Heranziehung großer finanzschwacher Bevölkerungsguppen zur schnellen Behebung der kriegsbedingten, außergewöhnlich großen Wohnungsnot -, ist zwar im Laufe der Zeit in den Hintergrund getreten. Die Entwicklung des Wohnungseigentums hat dies aber nicht zu hindern vermocht. Denn die Wohnungsknappheit ist durch das ständige Anwachsen der Bevölkerung (3) und ihrer immer stärkeren Konzentration in räumlich kleinen, industriellen Ballungszentren nicht behoben. Der Bodenmangel und die daraus resultierenden Grundstückspreise zwingen vor allem in den Großstädten zum "Bauen in die Höhe". Damit bietet sich das Wohnungseigentum für diejenigen einkommensschwächeren Bevölkerungskreise, die nach möglichst unabhängigem Raumeigentum oder existenzsichernder Vermögensbildung streben, als einzige realisierbare Möglichkeit an. Die Bodenknappheit führte denn auch dazu, daß die in der Vergangenheit häufig beklagte mangelhafte publizistische Aufklärung der Bevölkerung

-
- 1) Gesetz vom 15. 3. 1951 (BGBl I, S. 175 ff).
 - 2) Vgl. dazu die amtlich nicht veröffentlichte Begründung zu dem Regierungsentwurf des WEG (Bundesratsdrucksache 75/51), abgedruckt bei Diester, Der Eigentumsgedanke, S. 50; derselbe, Rechtspfleger 1954, 217 und 281; Rosenbauer, S. 2; Bopp, S. 1.
 - 3) Darauf hat Bärmann in seinem Großkommentar, Einleitung II, 22 = S. 62, hingewiesen.

über die Möglichkeiten des Wohnungseigentumsgesetzes (1) viel an Gewicht verloren hat. Trotz ständiger Preissteigerungen ist das Interesse der Bürger an Eigentumswohnungen, vor allem in größeren Städten, in den letzten Jahren immerfort gewachsen (2). In wachsendem Maße beruht dies auf dem Interesse an sicheren und wertbeständigen Kapitalanlagen (3).

Macht der Rechtsverkehr somit mehr Gebrauch von dem Rechtsinstitut Wohnungseigentum, so treten auch die Probleme, die sich aus der Anwendung ergeben, stärker in den Vordergrund. Damit sind die Gerichte häufiger zu Entscheidungen gezwungen. Zu den noch nicht abschließend geklärten Problemen des Wohnungseigentumsgesetzes gehört die Regelung der Verfahrenszuständigkeit nach § 45 WEG.

Diese Vorschrift überträgt die Entscheidung von Streitigkeiten über die sich aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und aus der Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens ergebenden Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander (§ 45 Abs. 1 Nr. 1 WEG), über die Rechte und Pflichten des Verwalters bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 45 Abs. 1 Nr. 2 WEG), über die Bestellung eines Verwalters im Falle des § 26 Abs. 2 WEG (§ 45 Abs. 1 Nr. 3 WEG) sowie über die

-
- 1) Diester, BLGBW 1965, 295 (300); Karstädt, BLGBW 1962, 296 (298).
 - 2) Die Zeitschrift "Die Zeit" weist in ihrer Ausgabe vom 14. 4. 1972, Heft Nr. 15, S. 62, darauf hin, daß die Popularitätskurve für Eigentumswohnungen in den letzten Jahren steil angestiegen ist. Im Jahre 1971 seien 90.000 Familien in Eigentumswohnungen eingezogen.
 - 3) Zur soziologischen Rechtfertigung des Wohnungseigentums vgl. auch Bärmann, Kurzkommentar, Einleitung II

Gültigkeit von Beschlüssen der Wohnungseigentümer (§ 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG) dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Für diese Zuweisung war maßgebend, daß das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit elastischer und demzufolge geeigneter ist als das Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit, solche Streitigkeiten schnell zu schlichten (1).

Für eine nicht unerhebliche Zahl möglicher Streitigkeiten ist die Anwendung des § 43 WEG noch nicht abschließend geklärt. Als Beispiele seien hier genannt die verfahrensrechtliche Behandlung:

Von Auseinandersetzungen aus Abreden über die Errichtung und Finanzierung des Gebäudes nach Begründung des Wohnungseigentums, von Streitigkeiten über Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsverhältnis, von Streitfällen über den Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums, von Streitigkeiten zwischen Wohnungseigentümern und Verwalter über den Verwaltervertrag, von Auseinandersetzungen über Beschlüsse von Wohnungseigentümern zur Aufhebung der Gemeinschaft.

Besonders umstritten ist die Anwendung der §§ 43 ff WEG auf Streitigkeiten zwischen Wohnungseigentumsanwärtern, deren Rechte noch nicht vollständig entstanden sind. Nach dem Wortlaut des § 43 WEG erfolgt eine Zuweisung zum Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur, wenn Wohnungseigentümer vorhanden sind und demnach eine Gemein-

1) BayOblGZ 1963, 161 (164) m.w.N.; Begründung zu § 43 WEG, abgedruckt bei Staudinger-Ring, § 43 A; Weitnauer-Wirths, S. 350.

schaft der Wohnungseigentümer besteht. Wohnungseigentum kann nach § 2 WEG nur durch vertragliche Einräumung von Sondereigentum (§ 3 WEG) oder durch Teilung (§ 8 WEG) begründet werden. Begründen Miteigentümer gemäß § 3 WEG Wohnungseigentum, so entsteht dieses und damit die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer mit Eintragung des Sondereigentums im Grundbuch (§ 4 Abs. 1 WEG). Wohnungseigentum, das nach § 8 WEG (Vorratsteilung) begründet wird, ist mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher entstanden (§ 8 Abs. 2 Satz 2 WEG); allerdings entsteht die Wohnungseigentümergeinschaft in jedem Falle erst durch Veräußerung mindestens eines Wohnungseigentumsrechtes, wenn - wie in der Regel - die Teilung durch einen Alleineigentümer erfolgt. Der Erwerb des veräußerten Wohnungseigentums wird wiederum erst durch Eintragung im Grundbuch vollendet. (§ 873 BGB) Nach den erwähnten Grundbucheintragungen ist gemäß § 43 WEG bei Streitigkeiten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden.

In der Praxis vergeht aber oft ein langer Zeitraum bis zum rechtlichen Vollzug der Begründung des Wohnungseigentums durch Eintragung der Wohnungseigentumsanwärter in die Wohnungsgrundbücher. Dies beruht teilweise auf der allgemeinen Arbeitsüberlastung der Grundbuchämter, teilweise auf der Unsicherheit der Notare bei der Handhabung des relativ jungen WEG und der daraus folgenden Notwendigkeit von Zwischenverfügungen und Rückfragen der Grundbuchämter, teilweise auf den rechtlichen Schwierigkeiten, mit denen die Grundbuchämter bei Anlegung der Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbücher sich auseinandersetzen müssen (!). Es ist daher die Frage aufgetaucht, ob auch

1) Haegele, Grundbuchrecht, S. 487 ff, 494;
Herold, BGBIw 1957, 52

bereits Streitigkeiten der werdenden Wohnungseigentümer im Gründungsstadium, d. h. vor der Grundbucheintragung, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden sind. In der Rechtsprechung ist diese Frage zunächst verneint (1), nach den ablehnenden Stellungnahmen im Schrifttum (2) dann aber grundsätzlich, wenn auch mit nicht überzeugender Begründung bejaht worden (3). Es wird eine weitere, besonders bedeutsame Aufgabe dieser Arbeit sein, zu klären, ob vor der Grundbucheintragung und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt Streitigkeiten werdender Wohnungseigentümer im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden sind.

Die Behandlung dieses Problems verlangt eine Auseinandersetzung mit der umstrittenen und schwierigen materiellrechtlichen Qualifizierung der werdenden Eigentümergemeinschaft. Denn es bestehen zwischen materiellen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen enge Beziehungen. Dem Verfahrensrecht kommt vor allem im Bereich des Zivilprozeßrechts und den privatrechtlichen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die ihm sachlich nahestehen, dienende Funktion zu (4). Wegen des inneren Zusammenhangs

-
- 1) OLG Hamburg, NJW 1960, 296; LG Bad Kreuznach, ZfR 1962, 90
 - 2) Bärmann, Kurzkommentar, 3. Aufl., Vorbemerkung I vor § 43 WEG; Diester, Die Rechtsprechung zum WEG, S. 14 ff, der die endgültige Klärung des Problems als "wichtige Zukunftsaufgabe der Rechtsprechung" bezeichnet; Diester, NJW 1961, 1329 (1332); Pritsch, BGB-RGRK, § 43, Anm. 3; Kapellmann, MDR 1969, 620 ff; Weitnauer-Wirths, 3. Aufl. 1969, § 43, Rdn. 4 d
 - 3) Vgl. z.B.: OLG Hamburg, NJW 1960, 818; BayObLG, NJW 1969, 191 f; KG, NJW 1970, 330
 - 4) Vgl. dazu für den Bereich des Zivilprozeßrechts: Simshäuser, S. 153 ff

mit der vorgenannten Problematik wird schließlich zu erörtern sein, wie sich ein Ausscheiden bzw. Wechsel eines Wohnungseigentümers vor und während eines Verfahrens nach §§ 43 ff WEG auf die Verfahrenszuständigkeit auswirkt. Innerhalb des schon erwähnten, nicht unerheblichen Zeitraums zwischen faktischer und rechtlicher Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft kommt es in der Praxis nämlich nicht allein zu den unterschiedlichsten Streitigkeiten, sondern auch zu einem Wechsel der Rechtssubjekte durch Ausscheiden bzw. Eintritt von Wohnungseigentumsanwärttern.

Wesentliches Ziel der Arbeit ist also, die Frage zu beantworten, ob bestimmte Streitigkeiten in Wohnungseigentums-sachen, die bürgerliche Streitigkeiten im Sinne von § 13 GVG darstellen, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden sind. Hierbei handelt es sich weder um ein Problem der Zulässigkeit des Rechtsweges (1) noch der sachlichen Zuständigkeit (2). Denn sowohl die Gerichte der streitigen als auch die der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit (3), so daß in beiden Fällen derselbe Rechtsweg zu beschreiten, aber in unterschiedlichen Verfahrensordnungen zu entscheiden ist. Die Abgrenzung von freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit betrifft die gesetz-

1) BGHZ 10, 155 (162); BGHZ 19, 185 (194); OLG Hamburg, NJW 1963, 819

2) BGHZ 12, 254; BGHZ 13, 326

3) Dies gilt nach allgemeiner Ansicht trotz Art. 2 EGGVG, denn man hat bei der Erarbeitung der freiwilligen Gerichtsbarkeit die durch das GVG geschaffene Gerichtsorganisation vorausgesetzt, wie ein argumentum e § 30 FGG ergibt. § 10 II EGGVG erwähnt auch die freiwillige Gerichtsbarkeit. Vgl. Bärmann, FGG und Notarrecht, § 3 I 1

lich nicht "klassifizierte" Aufspaltung der ordentlichen Gerichtsbarkeit, so daß man von "Verfahrenszuständigkeit" sprechen sollte (1). Auch wenn eine materielle Unterscheidung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit unmöglich ist, bedarf es aus mehreren Gründen einer eindeutigen Zuordnung von Streitigkeiten in die Kompetenz des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder in den Zuständigkeitsbereich des Richters der streitigen Zivilgerichtsbarkeit, um einen Kompetenzkonflikt zu vermeiden, dessen Bedeutung in der Vergangenheit häufig unterschätzt wurde (2).

Zunächst bestehen zwischen diesen beiden Verfahrensarten nicht unerhebliche Unterschiede, die sich vor allem in der Freiheit der Verfahrensgestaltung äußern, welche die freiwillige Gerichtsbarkeit gewährt. Wenn auch eine gewisse Verwandtschaft zwischen dem Zivilprozeß und den Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zu übersehen ist (3), bleiben immer noch beträchtliche Unterschiede bestehen. Als Beispiele seien genannt: Die ver-

1) Bärmann, FGG und Notarrecht, § 6 II 2

2) Vgl. z.B. Rosenberg-Schwab, S. 146, die der Auffassung sind, dieser Kompetenzkonflikt sei bislang so gut wie nicht relevant geworden. Der Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (S. 332) führt eine Vielzahl von Beispielen dafür an, daß diese Meinung fehlerhaft sei.

3) Bärmann, AcP 154, 373; Grunsky, S. 10; vor allem Kollhosser, der "de lege ferenda" für eine stärkere Annäherung zwischen Zivilprozeßrecht und freiwilliger Gerichtsbarkeit eintritt.

schiedenartige Methode der Tatsachenfeststellung aufgrund des § 12 FGG, die anders gearteten Rechtsmittel, das Absehen von gesetzlich vorgesehenen Folgen bei der Säumnis und Nichterklärung von Verfahrensbeteiligten in der FGG, die von § 45 Abs. 4 WEG vorgesehene Änderungsmöglichkeit getroffener, nicht angefochtener richterlicher Entscheidungen. Insgesamt zeichnet sich das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch die freiere Verfahrensgestaltung aus.

Da die Organe der beiden Gerichtszweige voneinander unabhängig sind und der FG-Richter die materielle Wahrheit in eigener Verantwortung zu erforschen hat (§ 12 FGG), besteht die Gefahr unwirtschaftlicher Verfahrensverdoppelungen, die darüber hinaus auch noch mit widersprüchlichen Entscheidungen enden können. Diese Unzuträglichkeiten hat die Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit dann auch veranlaßt, zu fordern, die der freiwilligen Gerichtsbarkeit und dem Zivilprozeß zugeteilten Angelegenheiten klar und eindeutig voneinander abzugrenzen und Doppelzuständigkeiten nach Möglichkeit auszuschließen (1). Die Rechtssuchenden trifft es besonders hart, wenn das Prozeßgericht sich in einer Angelegenheit, über welche die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit schon befunden haben, für entscheidungsbefugt und deshalb die schon getroffenen Entscheidungen für unwirksam hält (2).

1) Bericht, S. 333

2) Dieser Fall ist z.B. dann gegeben, wenn das Prozeßgericht eine andere Verkehrsregelung für das gemeinschaftliche Kind trifft als der Vormundschaftsrichter (Kommissionsbericht, S. 332).

Für die schon unter starker Arbeitsbelastung leidenden Gerichte ist eine unklare Verfahrenszuständigkeit sehr unerfreulich, weil sie ein gesteigertes Risiko der Beschäftigung von unzuständigen Richtern mit Streitfällen in sich birgt. Erörterungen zur Zuständigkeit und zur Sache selbst stehen in solchen Fällen oft in einem für den rechtssuchenden Bürger befremdlichen Mißverhältnis. Besonders gravierend sind solche Fälle, in denen nach jahrelangen Auseinandersetzungen die letzte Instanz der angerufenen Gerichtsbarkeit ihre Zuständigkeit verneint und an eine andere Gerichtsbarkeit verweist. Darüber hinaus gebieten Rechtssicherheit und materielle Gerechtigkeit, divergierende Gerichtsentscheidungen zu vermeiden. Abgesehen von den erwähnten verfahrensdogmatischen und prozeßökonomischen Gesichtspunkten ist das Ausschalten von Kompetenzkonflikten zwischen verschiedenen Verfahrensarten letztlich auch ein verfassungsrechtliches Gebot (Art. 20 Abs. 3 GG).

Erster Teil:

Wohnungseigentumssachen und echtes Streitverfahren

In einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen ist die Anwendbarkeit des § 43 Abs. 1 WEG umstritten. Teilweise sind diese Streitfälle bislang nur theoretischer Natur, zum Teil haben sie schon die gerichtliche Praxis beschäftigt. In der Regel handelt es sich um Probleme der Abgrenzung zwischen Auseinandersetzungen über Rechte und Pflichten im Rahmen der engen Verflechtung der Wohnungseigentümer und des Verwalters untereinander und Streitigkeiten mit Außenstehenden. Die folgende Darlegung dieser streitigen Fälle nimmt nicht für sich in Anspruch, alle im Zusammenhang mit § 43 WEG möglichen Streitfälle zu behandeln. Vielmehr sollen lediglich bisher aufgetauchte Problemstellungen erörtert werden. Es wird sich zeigen, daß diese problematischen Fälle durch bestimmte, gleichgelagerte Kriterien gekennzeichnet sind.

Vorweg ist aber zu untersuchen, ob es nicht die Klärung umstrittener Fälle erleichtert, wenn man die Streitfälle nach § 43 WEG einer bestimmten Gruppe von Verfahrenstypen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuordnet.

Von Bedeutung kann dies deshalb sein, weil bestimmte Verfahrensgruppen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die man allgemein unter dem Begriff "echte privatrechtliche

Streitverfahren" zusammenfaßt (1), dem zivilprozessualen Verfahren sehr viel mehr angenähert sind (2) und die unmittelbare oder entsprechende Anwendung zivilprozessualer Vorschriften daher eher in Frage kommt als bei den "klassischen" oder den "öffentlich-rechtlichen Streitverfahren" (3).

Allerdings würde durch eine Einstufung der in § 4b WEG genannten Streitigkeiten in die Kategorie der "echten privatrechtlichen Streitigkeiten" trotz der Verwandtschaft dieses Verfahrenstypus mit dem Zivilprozeß die Problematik der Zuordnung einzelner Streitfälle in die Verfahrenszuständigkeit des Zivilprozeßrechts oder des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit jedenfalls "de lege lata" nicht aufgehoben. Es besteht zwar in der neueren verfahrensrechtlichen Literatur eine Tendenz, wesentliche Unterschiede zwischen "echten Streitverfahren" der FG und dem Zivilprozeßrecht völlig zu leugnen (4) oder jedenfalls abzuschwächen (5). Diese in der Zielsetzung - Angleichung der verschiedenen Verfahrensordnungen - begrüßenswerten Auffassungen vermögen jedoch die gesetzlich begründete Eigenständigkeit der privatrechtlichen FG-Verfahren, wie sie im Grundsatz der Amtsermittlung (§ 12 FGG), im Rechtsmittelwesen, der Zuständigkeitsregelung, der Stellung der Beteiligten und der Ver-

1) Bärmann, FGG und Notarrecht, § 4 II, Zimmermann, Rechtspfleger, 1962, 42 ff; Jansen, Vorbemerkung §§ 6 - 18 Anm. 54 m.w.N.; Kollhosser äußert Zweifel an der Notwendigkeit der Differenzierung (S. 7 f).

2) Dies gilt trotz Jansen a.a.O. m.w.N.

3) Vgl. zu diesen Begriffen Bärmann, FGG und Notarrecht, § 4 I, II; Zimmermann, Rechtspfleger 1962, 42 ff

4) Grunsky, S. 10, S. 272

5) Kollhosser, S. 7 f

fahrensbevollmächtigten (1) zum Ausdruck kommt, nicht zu beseitigen. Vielmehr liegt der Wert dieser Aufassungen vor allem im rechtspolitischen Bereich.

Trotz dieser deutlichen Trennungselemente zwischen den beiden Verfahrensordnungen ist die Frage einer möglichen Einordnung der Streitfälle der §§ 43 ff WEG in die privatrechtlichen Streitsachen hier bedeutsam, weil zivilprozessuale Vorschriften zur Ausfüllung der unvollständigen FG-Regelungen (2) in wachsendem Maße herangezogen werden.

In Rechtsprechung (3) und Literatur (4) ist man allgemein der Auffassung, daß die nach § 43 Abs. 1 WEG zu entscheidenden Verfahren den "echten privatrechtlichen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit" zuzurechnen sind.

So nennt man Verfahren, in denen sich zwei oder zwei Gruppen von Beteiligten mit entgegengesetzten Interessen gegenüberstehen und mit verbindlicher, endgültiger Wirkung über ein behauptetes subjektives Privatrecht der Beteiligten bzw. einen Verfahrensgegenstand entschieden wird, welcher der freien Verfügung der Beteiligten unterliegt (5). Wesentliches Merkmal dieser Verfahren ist die enge Beziehung zum Zivilprozeß, die aus dem Verfahrensgegenstand herrührt.

1) Jansen, § 16 Anm. 30

2) Bärmann, FGG und Notarrecht, § 4 III; Jansen, Vorbemerkung §§ 8 - 18 Anm. 59

3) BayOblGZ 1965, 1984, OLG Celle, NJW 1958, 307

4) Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 1; Bärmann, AcP 154, 375 ff; Keidel, § 12 Anm. 12 g

5) Jansen, Vorbemerkung §§ 8 - 18 Anm. 56; Zimmermann, Rechtspfleger 1962, 42; BayOblGZ, NJW 1965, 1485, Bärmann, FGG und Notarrecht, § 4 II; Habscheid, ZZP 66, 191 (1955); Keidel, § 12 Anm. 109; Bärmann, AcP 154, 375

Um die Einordnung der Wohnungseigentumssachen in die Kategorie der privatrechtlichen Streitsachen zu rechtfertigen, weist man allgemein darauf hin, daß die Begründung der Kompetenz des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit - wie in der Hausratsverordnung - lediglich aus Zweckmäßigkeitserwägungen erfolgt sei, ohne daß kraft der Natur der Angelegenheiten sachnotwendig die Erledigung im ordentlichen Verfahren damit ausgeschlossen sei (1).

Abweichend von dieser ganz überwiegend vertretenen Auffassung wird von Brüggemann die Meinung geäußert, es handele sich bei den Verfahren nach § 43 Abs. 1 WEG nicht um echte Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (2); hier werde nicht um eine bestimmte Rechtsfolge gestritten, weil dem entscheidenden Richter mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stünden, darunter auch solche, die von den Parteien überhaupt nicht zur Diskussion gestellt worden seien. Aufgabe des Richters sei hier, ordnend - gestaltend auf bestimmte, in Unordnung geratene, aber fortbestehende Lebensverhältnisse einzuwirken, wobei die Gestaltung seinem schlichtenden Ermessen nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit übertragen sei.

Der Unterschied zwischen den beiden zunächst scheinbar weit auseinanderliegenden Auffassungen verringert sich aber nicht unerheblich, wenn man einerseits die einschränkende Definition der echten Streitsachen der frei-

1) Bärmann, FGG und Notarrecht, § 4 II

2) Brüggemann, S. 78; Lent, ZZP 66, 267 (281)

willigen Gerichtsbarkeit bei der abweichenden Auffassung (1) berücksichtigt, andererseits die etwas undifferenzierte Betrachtungsweise der herrschenden Auffassung zurechtrückt.

Nach Brüggemann (2) ist den echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit eigen das "Vorliegen eines Streites zwischen zwei Parteien um die aus einem Tatbestand zu ziehende Rechtsfolge, ausgetragen mit gegensätzlichen Rechtsfolgebehauptungen in einem Verfahren, das diesem Antrag zu dienen bestimmt ist und den richterlichen Ausspruch über diese Rechtsfolge zum Ziel hat". Es soll also nicht generell genügen, daß um subjektive Privatrechte gestritten wird, notwendig sei vielmehr die Auseinandersetzung über eine bestimmte Rechtsfolge. Daran fehle es bei dem Verfahren nach § 43 WEG (3). Die von der herrschenden Auffassung abweichende Einordnung der Streitverfahren des § 43 WEG beruht bei Brüggemann somit auf einem unterschiedlichen begrifflichen Ausgangspunkt (4).

Auf der anderen Seite werden nach herrschender Ansicht bislang sehr pauschal und ohne nähere Differenzierung die Streitfälle des § 43 WEG den begrifflich noch unscharf bestimmten, echten streitigen FGG-Verfahren zugeordnet,

1) Brüggemann, S. 78

2) Brüggemann, S. 74

3) Brüggemann, S. 77

4) Brüggemann, S. 70 ff. Es überschreitet den Rahmen dieser Arbeit, im einzelnen zu den von Brüggemann herausgearbeiteten Unterscheidungskriterien zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit, zwischen Kompetenz des "judex statutor" und des "judex investigator" Stellung zu nehmen; vgl. dazu: Habscheid, ZZP 84, 1971, 225 ff

ohne daß eine nähere Analyse der Natur der in § 43 Abs. 1 WEG genannten Streitverfahren vorgenommen wird (1). Folgende Gesichtspunkte erwecken gegen eine derartige generelle Einstufung Bedenken:

- a) Es ist ein anerkanntes Kriterium der echten Streitverfahren, daß sich zwei Beteiligte oder zwei Gruppen von Beteiligten mit entgegengesetzten Interessen gegenüberstehen, also um behauptete subjektive Rechte gestritten wird (2). Dieses Merkmal fehlt bei einem Teil der von § 43 Abs. 1 WEG geregelten Fälle. So wird z. B. bei antragsgerechtem Eingreifen des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Falle des § 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG nicht um subjektive Privatrechte gestritten. Der Richter wirkt in diesem Fall gestaltend und nicht streitentscheidend. Ebenso wird es sich häufig bei einem Verfahren über die Ordnungsmäßigkeit der von den Wohnungseigentümern gefaßten Beschlüsse nicht um Streitigkeiten über subjektive Rechte zwischen bestimmten Parteien handeln. Beantragt beispielsweise der Verwalter die Erklärung der Ungültigkeit eines Beschlusses der Wohnungseigentümer, der gesetzwidrig ist oder gegen die guten Sitten verstößt, oder das Erfordernis der Einstimmigkeit verletzt, dann macht er nicht ein subjektives (privates) Recht gegen die Wohnungseigentümer geltend. Begehrt wird vielmehr eine Überprüfung der Willensbildung der Wohnungseigentümer-

1) Keidel, § 12 Anm. 109, 110

2) Keidel, § 12 Anm. 109; Habscheid, ZZP 66, 188 (193); derselbe, JZ 1954, 689 ff; Bärmann, FGG und Notarrecht, § 4 II; Zimmermann, Rechtspfleger 1962, 42

gemeinschaft und somit ein ordnend-gestaltender Eingriff des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Jedenfalls in diesen beiden Fällen des § 43 Abs. 1 Nr. 3 und 4 WEG stehen sich die Beteiligten nicht notwendig in einer der zivilprozessualen Parteienstellung vergleichbaren Weise gegenüber, um über das Bestehen oder Nichtbestehen behaupteter subjektiver Rechte zu streiten.

- b) Dagegen erfüllen die in § 43 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WEG genannten Streitigkeiten regelmäßig die für die echten Streitverfahren erarbeiteten Kennzeichen. In ihnen stehen sich regelmäßig zwei Beteiligte bzw. Gruppen von Beteiligten mit entgegengesetzten Interessen gegenüber, um über das Bestehen subjektiver Rechte zu streiten. Die von dem Gesetz in § 45 Abs. 4 WEG vorgesehene scheinbare Einschränkung der grundsätzlich nach § 45 Abs. 2 WEG möglichen materiellen Rechtskraft spricht nicht gegen dieses Ergebnis. § 45 Abs. 4 WEG entspricht vielmehr der auch im Zivilprozeßrecht durch § 323 Abs. 2 ZPO anerkannten Beschränkung der materiellen Rechtskraft.

Im Ergebnis wird man daher bei der Einstufung der Streitverfahren nach dem Wohnungseigentumsgesetz unterscheiden müssen zwischen solchen, welche die typischen Kennzeichen der echten Streitverfahren tragen und solchen, die mehr der Gruppe der nicht streitigen, nicht von gegensätzlichen Interessen der Beteiligten geprägten Antragsver-

fahren ähneln. Für die letztere Gruppe, die mehr den nicht streitigen Antragsverfahren, wie dem Erbscheinsverfahren oder dem Todeserklärungsverfahren, gleichen, sollte man mit der entsprechenden Anwendung zivilprozessualer Regelungen in stärkerem Maße zurückhaltend sein.

Diese allgemeine verfahrensrechtliche Einordnung der Wohnungseigentumssachen hilft Grenzfälle zu lösen, die sich mit der Anwendung des § 43 WEG ergeben.

Zweiter Teil:

Die Verfahrenszuständigkeit nach rechtlichem Vollzug der Gemeinschaft

A Die Verfahrenszuständigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG

I. Unstreitige Fälle

§ 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG begründet die generelle (1) Kompetenz des FG-Richters für Auseinandersetzungen der Wohnungseigentümer untereinander über die sich aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und aus der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums ergebenden Rechte und Pflichten. Die Rechtsbeziehungen der Wohnungseigentümer untereinander bestimmen sich gemäß §§ 10 ff WEG nach den Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes und, soweit dies keine besonderen Bestimmungen enthält, nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Gemeinschaft (§§ 741 ff BGB) sowie den zwischen den Wohnungseigentümern getroffenen Vereinbarungen, soweit das Gesetz die regelmäßig bestehende Möglichkeit solcher Vereinbarungen nicht ausdrücklich ausschließt (§ 10 Abs. 1 Satz 2 WEG). Damit sind von § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG grundsätzlich alle aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer sich ergebenden Rechte und Pflichten erfaßt, sieht man von den noch zu erörternden Ausnahmen der §§ 17 - 19 WEG ab. § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG ist somit weit auszulegen (2). Gegenstand eines Ver-

1) Soergel-Baur, § 43 Bem. 3

2) OLG Stuttgart, OLGZ 70, 75;
OLG Hamm, ZMR 1968, 271

fahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit können aufgrund des weit gefaßten § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG beispielsweise sein: Streitigkeiten über Ansprüche auf Einwilligung in die Aufhebung der Gemeinschaft im Falle des § 11 Abs. 1 Nr. 3 WEG (1), auf Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums im Falle des § 12 Abs. 2 WEG, Streitigkeiten über Art und Weise der Benutzung und des Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums (§§ 13 Abs. 2, 14, 15 WEG) (2), Streitigkeiten über gesetzliche (§ 14 WEG) oder vertragliche Instandhaltungspflichten der Wohnungseigentümer (§§ 14, 15 Abs. 1 WEG), Auseinandersetzungen über Nutzungen, Lasten und Kosten (3). Dagegen sollen Auseinandersetzungen über die Begründung, Übertragung, Belastung oder Aufhebung des Wohnungseigentums nicht unter die Entscheidungsbefugnis des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern unter die Kompetenz des ordentlichen Richters fallen (4). Das Gesetz selbst nimmt von der Kompetenz-

-
- 1) Bärmann, Großkommentar, § 11 Bem. III, 4 = S. 360; Diester, WEG, § 10 Anm. 7
 - 2) BayObLG, NJW 1964, 47 = MDR 1963, 925; OLG Frankfurt, NJW 1965, 2205; BayObLG 1970, 264. Dagegen sollen Streitigkeiten über Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums (§ 5 Abs. 1 WEG) grundsätzlich im Zivilprozeßwege ausgetragen werden. Vgl. BayObLG, MDR 1971, 301; Bärmann, Großkommentar, § 43 Bem. I = S. 842; Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 4 a; Palandt-Degenhart, § 43 Anm. 1 a;
 - 3) Bärmann, Großkommentar, § 43 Bem. I = S. 842
 - 4) Bärmann, Großkommentar, § 43 Bem. I = S. 842; Soergel-Baur, § 43 Anm. 3; Diester, WEG, § 43 Anm. 3; Weitnauer-Wirths, § 43 Anm. 4 a; Soergel-Baur, § 43 Bem. 3

regelung des § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG ausdrücklich Ansprüche im Falle der Aufhebung der Wohnungseigentümergeinschaft, die nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 WEG ausnahmsweise möglich ist, ferner Ansprüche auf Entziehung des Wohnungseigentums aus.

In der gerichtlichen Praxis zu § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG haben vor allem Probleme der Gebrauchsregelung des gemeinschaftlichen Eigentums Bedeutung gewonnen. So hatten die Gerichte Streitfälle über den Umfang der Benutzung der gemeinschaftlichen Hauswand (Anbringung von Leuchtreklame) (1), über die Möglichkeit der Schaffung von Abstellplätzen für Kraftfahrzeuge auf Grünflächen (2) und über das Recht zum Mitgebrauch des Kellerraumes zu entscheiden (3).

1) BayObLG, NJW 1964, 47

2) OLG Stuttgart, NJW 1961, 1359

3) BayObLG, MDR 1971, 301

II. Streitige Fälle

Eine im Verhältnis zu den übrigen Fällen des § 43 besonders große Zahl von Streitfällen hat sich im Zusammenhang mit § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG ergeben. Dies ist nicht verwunderlich, weil in der Praxis Auseinandersetzungen zwischen Wohnungseigentümern gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG besonders häufig sind.

1. Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft

Das Gesetz nimmt von der Kompetenzregelung des § 43 Abs. 1 Satz 1 WEG ausdrücklich Ansprüche im Falle der Aufhebung der Wohnungseigentümergeinschaft aus. Über solche Ansprüche auf den Wertanteil jedes Wohnungseigentümers (§ 17 WEG) ist durch die Prozeßgerichte im streitigen Verfahren zu entscheiden.

Problematisch ist, ob zu diesen Ansprüchen auch derjenige auf Einwilligung in die Aufhebung der Gemeinschaft als solcher gehört. Ergibt sich dieser Anspruch aus der Gemeinschaft, so hat der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit über sein Bestehen zu entscheiden (1).

Für diese Auffassung kann zunächst der Wortlaut des § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG herangezogen werden, der zwischen Ansprüchen im Falle der Aufhebung und

1) Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 6; Pritsch, BGB-RGRK, § 43 Anm. 2; Staudinger-Ring, § 43 Anm. 7; Soergel-Baur, § 43 Bem. 4

auf Entziehung des Wohnungseigentums unterscheidet. Diese Fassung des Gesetzes spricht dafür, daß lediglich Ansprüche infolge der Aufhebung der Wohnungseigentümergeinschaft, d. h. aus der bereits erfolgten Aufhebung der Gemeinschaft, nicht aber solche auf Aufhebung im streitigen Verfahren zu entscheiden sind.

Davon abgesehen soll das vereinfachte Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach dem Willen des Gesetzgebers (1) und dem Zweck der Vorschrift nur bei Streitigkeiten nicht zur Verfügung stehen, die von dem Gemeinschaftsverhältnis unabhängig und nicht aus ihm heraus entstanden sind. Ansprüche auf die Aufhebung der Gemeinschaft sind nur denkbar durch die Vereinbarung sämtlicher Wohnungseigentümer, die Gemeinschaft vertraglich aufzuheben oder aufgrund einer Vereinbarung im Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 3 WEG. Danach können sich Wohnungseigentümer ausnahmsweise über den Grundsatz der Unauflöslichkeit hinwegsetzen und sich dahin einigen, daß bei ganzer oder teilweiser Zerstörung des Gebäudes jeder einzelne Wohnungseigentümer die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen kann. In beiden, praktisch selten vorkommenden Fällen (2) liegt eine Auseinandersetzung über die Willensbildung der Gemeinschaft bei noch be-

1) Vgl. dazu die Begründung zu § 43 WEG, abgedruckt bei Staudinger-Ring, § 43 A

2) Diester, Die Rechtsprechung zum Wohnungseigentumsgesetz, S. 46. Danach sind Gerichtsentscheidungen zu dem Fall der Aufhebung bislang nicht bekannt geworden.

stehender Gemeinschaft und damit eine Streitigkeit aus dem Gemeinschaftsverhältnis vor.

Demgegenüber vertritt Bärmann (1) die Meinung, auch Ansprüche auf Aufhebung der Gemeinschaft gehörten vor das ordentliche Gericht, da es sich hierbei um Streitigkeiten über und nicht aus der Gemeinschaft handele.

Für diese Auffassung könnte noch angeführt werden, daß sie eine Zweiteilung des Verfahrens in ein Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit über den Anspruch auf Aufhebung und in ein ordentliches Verfahren über die Teilungs- und Auseinandersetzungsansprüche vermeidet.

Dieser Gesichtspunkt vermag jedoch deshalb nicht zu überzeugen, weil Ansprüche auf Aufhebung der Gemeinschaft und diejenigen nach Aufhebung prozessual verschiedene Streitgegenstände darstellen. Regelmäßig werden diese verschiedenen prozessualen Ansprüche nicht in einem Verfahren verfolgt werden können. Der Anspruch auf Zustimmung zur Aufhebung der Gemeinschaft und derjenige auf Vollziehung der Aufhebung können zwar durch Leistungsklage verfolgt werden. Die Verbindung der beiden Streitgegenstände in einem Verfahren durch objektive Klagenhäufung (§ 260 ZPO) wird jedoch sehr oft mangels Identität der Parteien ausscheiden müssen. Verhindert wird also durch die

1) Bärmann, Großkommentar, § 43 Bem. 1 = S. 843

Mindermeinung nicht eine Verfahrensverdoppelung, sondern lediglich eine differierende Verfahrenszuständigkeit. Im Hinblick auf die vom Sinn und Zweck des § 43 WEG her gebotene Trennung zwischen Ansprüchen im Rahmen einer noch bestehenden Gemeinschaft und Ansprüchen nach Aufhebung und Auflösung der Gemeinschaft ist diese verfahrensrechtliche Differenzierung jedoch gerechtfertigt. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit über Ansprüche auf Aufhebung der Gemeinschaft zu befinden hat.

2. Der Beschluß über die Entziehung des Wohnungseigentums.

Der Entscheidung im Zivilprozeßverfahren vorbehalten sind ferner Auseinandersetzungen zwischen Wohnungseigentümern über Ansprüche auf Entziehung des Wohnungseigentums, die nach § 18 Abs. 1 WEG von mehr als der Hälfte der stimmberechtigten Wohnungseigentümer geltend gemacht werden können, wenn ein einzelner Wohnungseigentümer die ihm gegenüber den anderen obliegenden Verpflichtungen so schwer verletzt, daß diesen die Fortsetzung der Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden kann (1). Für diese Streitigkeiten begründet § 51 WEG ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichtes. Der Ausschluß des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit

1) Vgl. dazu Stache, S. 80, der die verfahrensrechtliche Problemstellung jedoch lediglich am Rande berührt.

bei diesen Angelegenheiten folgt auch aus § 19 Abs. 1 WEG; danach ist über den Anspruch auf Veräußerung des Wohnungseigentums durch Urteil und somit im streitigen Verfahren zu entscheiden. Vor dem Rechtsstreit haben die übrigen Wohnungseigentümer gemäß § 18 Abs. 3 WEG mit Stimmenmehrheit darüber zu beschließen, ob vom Störer die Veräußerung seines Wohnungseigentums verlangt werden soll (1). Der Beschluß, den Anspruch zu erheben, ist von der absoluten Mehrheit der Wohnungseigentümer zu fassen (§ 18 Abs. 3 Satz 2 WEG). Streitig ist, ob über die rechtliche Wirksamkeit dieses Beschlusses zusammen mit dem Anspruch auf Entziehung des Wohnungseigentums vor dem Prozeßgericht zu entscheiden oder insoweit die Zuständigkeit des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit begründet ist.

Die Kompetenz des Prozeßgerichts zur Entscheidung über die Gültigkeit des Beschlusses, die Entziehungsklage zu erheben, wird im Schrifttum teils ohne Begründung, teils mit dem lapidaren Hinweis auf die Regelung des § 51 WEG (2) bejaht. Der Vorzug dieser Auffassung liegt in der Vermeidung der Verfahrensverdoppelung.

-
- 1) Die Rechtslage ist ähnlich derjenigen im Falle des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters; dazu: BGHZ 9, 157 ff (166); Baumbach-Hueck, Einführung 2 B zu § 34 GmbHG
 - 2) Pritsch, BGB-RGRK, § 43 WEG Anm. 7; Soergel-Baur, § 43 Bem. 6, der jedoch den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit für zuständig hält, Beschlüsse zu überprüfen, durch welche die Erhebung der Entziehungsklage abgelehnt wurde; Diester, WEG, § 43 Anm. 8 und § 18 Anm. 9

Demgegenüber wird in der Rechtsprechung (1) und in einem Teil des Schrifttums (2) die Meinung vertreten, die Wirksamkeit der Beschlußfassung über die Klageerhebung sei gegebenenfalls von dem Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu überprüfen. Zur Begründung wird vor allem auf den Wortlaut des § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG und die systematische Stellung des § 18 Abs. 3 Satz 2 WEG (3) verwiesen.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Sie entspricht zunächst der eindeutigen Fassung des § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG, der lediglich Ansprüche auf Entziehung des Wohnungseigentums, nicht aber die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit vorangehender Beschlußfassungen in den Bereich des streitigen Verfahrens verweist. Die Prüfung der formellen und materiellen Gültigkeit von Beschlüssen der Wohnungseigentümer, den Akten interner Willensbildung der Gemeinschaft, ist Sache des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit, was § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG ausdrücklich hervorhebt. Dies gilt auch für den Beschluß der Wohnungseigentümer, von einem Störenfried die Entziehung des Wohnungseigentums zu verlangen.

-
- 1) KG WM 1967, 1229 = NJW 1967, 2266
 - 2) Staudinger-Ring, § 43 Anm. 8 und § 18 Anm. 8; Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 7 und § 18 Rdn. 8 a
 - 3) KG WM 1967, 1229 = NJW 1967, 2266 (2269)

Im Einklang mit der hier vertretenen Auffassung steht auch, daß der Streit über die Gültigkeit gefaßter Beschlüsse nach § 23 Abs. 4 Satz 1 WEG im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit auszugetragen ist, ohne daß § 18 WEG dies ausschließt. § 18 Abs. 3 Satz 3 WEG erklärt von den Vorschriften, die formell das Beschlußverfahren regeln (§§ 23 - 25 WEG), lediglich § 25 Abs. 3 Satz 4 WEG als Regelung über die Beschlußfähigkeit der Eigentümerversammlung für unanwendbar. Diese Gesetzessystematik deutet auf eine Zuständigkeit des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit hin. Hätte der Gesetzgeber nämlich den Zivilprozeßrichter zur Überprüfung der Wirksamkeit der Beschlußfassungen für zuständig gehalten, so hätte es nahegelegen, in § 18 Abs. 3 Satz 2 WEG auch den § 23 Abs. 4 WEG für unanwendbar zu erklären.

§ 51 WEG steht nicht im Widerspruch zu dieser Auffassung. Diese Vorschrift begründet die Zuständigkeit des Amtsgerichts als Prozeßgericht für Rechtsstreitigkeiten zwischen Wohnungseigentümern wegen der Entziehung des Eigentumsrechts. Daraus ergibt sich aber nicht die Kompetenz des ordentlichen Richters für Auseinandersetzungen über die Gültigkeit der Beschlußfassung.

Zur Begründung der Meinung, der Prozeßrichter sei für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Beschlußfassung zuständig, ist auch der Hinweis auf eine Verfahrensvereinfachung nicht geeignet. Es ist zwar zutreffend, daß diese Ansicht formell eine Verfahrensaufspaltung vermeidet. Die Überprüfung der Gültigkeit des Beschlusses kann jedoch nur mittels Feststellungsklage erfolgen, während die Klage nach

§ 19 WEG, die Willenserklärungen ersetzen soll, die für die freiwillige Versteigerung und Übertragung des Wohnungseigentums erforderlich sind, eine Leistungsklage ist. Auch der Prozeßrichter hätte somit über zwei gegenständlich verschiedene Rechtsschutzbegehren, die sich nach dem verfolgten Zweck und den Zulässigkeitsvoraussetzungen unterscheiden, zu befinden. Auf eine Verfahrensvereinfachung kann sich die hier abgelehnte Ansicht demgemäß nicht berufen, da sie lediglich formeller Natur ist.

Pritsch (1) unterscheidet in diesem Zusammenhang noch zwischen Beschlüssen, den Entziehungsanspruch geltend zu machen und Beschlußfassungen, welche dies ablehnen. Anfechtungen der erstgenannten Beschlußakte sollen im streitigen Verfahren, Streitfälle über ablehnende Beschlüsse im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entschieden werden. Damit soll wohl vermieden werden, daß über Beschlüsse, durch welche die Erhebung der Entziehungsklage abgelehnt wird, in einem Feststellungsprozeß entschieden wird, der die Vorteile der größeren Einfachheit, Schnelligkeit und Elastizität des im Vergleich zum Zivilprozeß weniger starren und umständlichen Verfahrens (2) der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht bietet. Das Gesetz gibt jedoch keinen Anhalt dafür, daß die Entscheidung über die Verfahrenszuständigkeit von dem Ergebnis der Beschlußfassung abhängen soll.

1) Pritsch, BGB-RGRK, § 43 Anm. 7

2) Eine besondere Begründung dieser Auffassung ist in der Kommentierung nicht ersichtlich.

Für die Zuweisung von Streitverfahren über die Wirksamkeit von Entziehungsbeschlüssen in das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit spricht neben den schon dargelegten Erwägungen die Rechtsnatur der Wohnungseigentumssachen im Sinne von § 43 WEG. Diese sind Auseinandersetzungen über Willensäußerungen einer Personenvereinigung, durch welche die inneren Verhältnisse dieser Vereinigung geregelt werden sollen. Gerade solche Streitfälle, in denen es auf eine einheitliche Beurteilung der Beziehungen zwischen den Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft ankommt, sollen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entschieden werden. Entscheidungen in diesem Verfahren werden nämlich rechtskräftig (§ 45 Abs. 2 Satz 1 WEG) und sind nach § 45 Abs. 2 Satz 2 WEG für alle Beteiligten, also für sämtliche Wohnungseigentümer (§ 43 Abs. 4 Nr. 1 WEG), bindend. Dagegen wirkt das rechtskräftige Urteil subjektiv nur für und gegen die Parteien des Rechtsstreites (§ 325 Abs. 1 ZPO). Eine schnelle und klare Erledigung dieser Angelegenheiten, die dem Gemeinschaftsgedanken Rechnung trägt, ist in einem ordentlichen Streitverfahren nicht möglich. § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG ist deshalb weit auszulegen (1); er umfaßt auch Streitigkeiten über die Wirksamkeit des Beschlusses, die Entziehungsklage zu erheben.

1) OLG Stuttgart, OLGZ 1970, 74 ff

5. Vereinbarungen über Errichtung und Finanzierung des Gebäudes.

Im Rahmen des § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG ist ferner die Frage umstritten, ob Streitigkeiten zwischen den Wohnungseigentümern über Verpflichtungen, an der Errichtung und Finanzierung des noch zu errichtenden Gebäudes mitzuwirken, im ordentlichen Streitverfahren oder durch den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden sind. Dieses Problem kann sich z. B. dann stellen, wenn mehrere Personen Wohnungseigentum durch vertragliche Einräumung von Sondereigentum an bestimmten Räumen gemäß §§ 2, 3 Abs. 1 WEG begründet haben, ohne daß ein Gebäude auf dem in Miteigentum der Wohnungseigentümer stehenden Grundstück gebaut wurde. §§ 3 Abs. 1, 8 Abs. 1 WEG stellen klar, daß die Bestellung des Wohnungseigentumsrechtes auch an erst zu errichtenden Gebäuden möglich ist. Das Gesetz trägt damit dem Bedürfnis Rechnung, schon vor der Durchführung des Bauvorhabens eine gesonderte Belastung der einzelnen Wohnungseigentumsrechte zu erleichtern; deshalb kommt dieser Begründungsmodalität nicht geringe Bedeutung zu.

Gleichzeitig sind aber auch erhebliche juristische Problemstellungen aufgetaucht, welche nicht zuletzt den sachlichen Umfang der Kompetenz des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit betreffen. Nicht zu diesem Fragenkomplex gehört die verfahrensrechtliche Behandlung von Streitigkeiten zukünftiger Wohnungseigentümer über Aufbauvereinbarungen. Liegt eine Aufbauvereinbarung von Rechtssubjekten vor, die noch keine schuldrechtlichen oder dinglichen Regelungen über die

Begründung des Wohnungseigentums getroffen haben, so sind in Ermangelung von Anhaltspunkten für ein Gemeinschaftsverhältnis die ordentlichen Gerichte für Streitigkeiten zuständig. (1)

a) Der Streitstand

Zur verfahrensrechtlichen Behandlung der Streitfälle zwischen Wohnungseigentümern vor und während des Baustadiums vertreten das BayOblG (2) und ein Teil des Schrifttums (3) die Auffassung, daß die Pflichten zur Errichtung und Finanzierung des Gebäudes jedenfalls dann als Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer im Sinne von § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG zu qualifizieren sind, wenn sie Bestandteil von Vereinbarungen zwischen Wohnungseigentümern im Sinne von § 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 WEG sind. Die Vertreter dieser Auffassung rechtfertigen dies damit, daß die Wohnungseigentümer Aufbauvereinbarungen in einem besonderen Vertragsverhältnis, etwa im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses oder aber innerhalb der Regelung ihres Verhältnisses untereinander gemäß § 10 Abs. 2 WEG treffen können; Streitigkeiten über die zuletzt genannten, den Inhalt des Gemeinschaftsverhältnisses regelnden

-
- 1) Kapellmann, MDR 1969, 620 ff (623). Die verfahrensrechtliche Problematik der "werdenden Wohnungseigentümergeinschaft" soll in einem anderen Teil dieser Arbeit erörtert werden.
 - 2) BayOblG, NJW 1957, 753 ff
 - 3) Kapellmann, MDR 1969, 620 (624); Soergel-Baur, § 10 Bem. 6; Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 4 f; Diester, Die Rechtsprechung zum Wohnungseigentumsgesetz, S. 155

Vereinbarung seien aber solche aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer im Sinne des § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG. Von dieser Auffassung weicht Bärmann (1) nur unwesentlich ab, wenn er die Gebäudeherstellungspflicht für einen "unabdingbaren" Bestandteil des Wohnungseigentumsrechtes hält.

Demgegenüber sind das OLG Hamburg (2) und ein anderer Teil der Literatur (3) der Auffassung, Streitigkeiten vor Errichtung des Gebäudes über Pflichten zur Errichtung oder Finanzierung seien durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden. Dies folge daraus, daß durch derartige Absprachen zwischen den Wohnungseigentümern notwendig eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts entstünde. Eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer könne erst nach dem Bau des Gebäudes bestehen, da vorher lediglich ein Anwartschaftsrecht der Wohnungseigentümer auf das ihnen zustehende Sondereigentum vorhanden sei, welches für die Begründung eines Gemeinschaftsverhältnisses nicht ausreiche (4). Dieses Ergebnis sei auch § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG unmittelbar zu entnehmen, weil der Gesetzgeber Streitfälle im Zusammenhang mit der Begründung des Wohnungseigentums nicht erwähnt habe (5). § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG betreffe lediglich die Gemeinschaft und die Verwaltung des

1) Bärmann, Großkommentar, § 3 Bem. I 4 = S. 242

2) OLG Hamburg, NJW 1961, 1168 = MDR 1961, 150

3) Hohenester, JZ 1957, 657; Pritsch, BGB-RGRK, § 43 Anm. 1

4) Hohenester, JZ 1957, 657 (Anm. 23)

5) Hohenester, JZ 1957, 657 (658)

Wohnungseigentums, nicht aber dessen Begründung.

b) Eigene Ansicht

Eine eigene Stellungnahme zu dem Problem hat zunächst den Wortlaut des § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG zu beachten. Sind Errichtungs- und Finanzierungsverpflichtungen als Rechte bzw. Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander anzusehen, die sich aus dem Gemeinschaftsverhältnis ergeben, so ist der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit berufen, über sie zu befinden. Die Beantwortung dieser Frage hängt demgemäß davon ab, ob eine Wohnungseigentümergeinschaft entstanden ist.

Regelmäßig entsteht eine solche Gemeinschaft dadurch, daß Wohnungseigentum mehreren Personen zusteht. Das ist zwar nicht im Gesetz bestimmt, ergibt sich aber daraus, daß für die Entstehung einer Rechtsgemeinschaft immer eine Mehrheit von Mitberechtigten in bezug auf ein gemeinsames Recht erforderlich ist. Grundlage der Gemeinschaft nach WEG ist das Vorliegen bestimmter Eigentumsverhältnisse, nämlich des Sondereigentums an einer Wohnung sowie des Miteigentums an den nicht im Sondereigentum stehenden Bereichen des Grundstücks (§ 1 Abs. 2 WEG).

Es fragt sich jedoch, ob die Entstehung der Gemeinschaft ohne die reale Existenz einer Wohnung möglich ist. Vor Herstellung des Gebäudes fehlt der Gegenstand des gesetzlich eingeräumten Herrschaftsrechtes (§ 13 Abs. 1 WEG) über die Wohnung, die im Sondereigentum steht.

Da das Eigentum als umfassendes Herrschaftsrecht an einer Sache deren Existenz denknotwendig voraussetzt, hält man allgemein das Sondereigentum an Räumen eines noch zu errichtenden Gebäudes für ein Anwartschaftsrecht, das erst mit Fertigstellung des Anwesens zum Vollrecht wird (1). Demgemäß soll vor dem Bau der Räume auch noch kein Wohnungseigentumsrecht, sondern lediglich eine Anwartschaft auf Wohnungseigentum bestehen. Aus dem Umstand, daß das Sondereigentum an den einzelnen Wohnungen erst zu schaffen ist, wird konsequent auch der Schluß gezogen, daß eine Wohnungseigentümergeinschaft noch nicht zustande gekommen sei, da das Rechtsgebilde der Gemeinschaft nur bereits bestehende Berechtigungen erfasse (2). Folglich bestünde zwischen den Wohnungseigentümern während der Bauzeit ein Gesellschaftsverhältnis, gleichgültig, ob der Wille der Wohnungseigentümer auf die Begründung einer solchen Gesellschaft gerichtet sei oder nicht.

Schon der Ansatzpunkt, vor der Gebäudeherstellung sei lediglich ein Anwartschaftsrecht auf Wohnungseigentum vorhanden, ist rechtlich zu beanstanden.

1) BayOblG, NJW 1957, 753 (754); Weitnauer-Wirths, § 45 Rdn. 11; Riedel, MDR 1951, 468; Diester, WEG, § 3 Anm. 14 a; Erman-Westermann BGB, § 3 WEG Anm. 3; Staudinger-Ring, § 3 Anm. 22; Pritsch, BGB-RGRK, § 3 Anm. 26

2) Hohenester, JZ 1957, 657; a. A. BayOblG, NJW 1957, 753 (754)

Das Wohnungseigentumsgesetz läßt in §§ 3, 8 WEG die Begründung des Wohnungseigentumsrechts durch Einräumung des Sondereigentums an errichteten oder zu errichtenden Gebäuden zu. In bezug auf die Entstehung des Vollrechts wird also kraft positiv-rechtlicher Regelung die Existenz des Gebäudes dem Fehlen eines solchen gleichgestellt. Es ist begrifflich verfehlt, im letzteren Falle von einem Anwartschaftsrecht zu sprechen.

Unter dem Rechtsbegriff "Anwartschaft" versteht man heute überwiegend die rechtlich gesicherte Aussicht auf den Erwerb eines subjektiven Rechts (1). Diese Aussicht wird begründet, wenn einzelne Tatbestandsstücke des Erwerbstatbestandes bereits verwirklicht sind, während andere oder mindestens ein letztes zum vollen Tatbestand gehöriges Stück noch ausstehen. §§ 3, 8 WEG lassen aber ausdrücklich das Vollrecht "Wohnungseigentum" durch Einräumung von Sondereigentum schon entstehen, wenn ein Gebäude noch nicht vorhanden ist. Die Errichtung des Anwesens kann demnach nicht als letztes zur Entstehung des Vollrechts notwendiges Tatbestandsmerkmal verstanden werden.

Umgekehrt besteht vor dem Bau des Gebäudes nicht eine Vorstufe des Wohnungseigentumsrechtes. Vielmehr ist die Konstruktion des Gesetzgebers als Fiktion zu werten. Unter einer juristischen Fiktion ist die

1) Raiser, Dingliche Anwartschaften, S. 3 ff

gewollte Gleichsetzung "eines als ungleich Gewußten" (1) zu verstehen. Das Gesetz ordnet in diesen Fällen an, daß zwei unterschiedliche Tatbestände hinsichtlich der Rechtsfolgen gleich behandelt werden. Das Wohnungseigentumsgesetz knüpft an zwei verschiedene Tatbestände, nämlich die Existenz und das Fehlen eines Gebäudes insofern gleiche Rechtsfolgen, als es in beiden Fällen die Einräumung von Sondereigentum und damit die Begründung von Wohnungseigentum für zulässig erklärt. Stützt man die Entstehung der Wohnungseigentümergemeinschaft auf die Zuordnung des Wohnungseigentumsrechtes an mehrere Rechtssubjekte und entsteht das Recht in vollem Umfang schon vor Errichtung des Gebäudes (2), so ergibt sich daraus notwendig die Begründung der Gemeinschaft schon vor Durchführung des Bauvorhabens.

Allerdings ist im Falle der Begründung von Wohnungseigentum nach § 8 WEG noch die Übertragung eines Rechts erforderlich, da nach § 8 WEG das Wohnungseigentum in der Hand einer einzigen Person entsteht, die Entstehung einer Rechtsgemeinschaft aber immer eine Mehrheit von Mitberechtigten in bezug auf ein Recht erfordert. Die Stellungnahme von Hohenester, nach dessen Auffassung es sich um eine Begründungsstreitigkeit handelt, geht daher von einem verfehlten Ansatzpunkt aus. Denn die Eigentümergemeinschaft ist schon begründet, wenn die Eintragung im Grundbuch erfolgt ist und das Recht mehreren Personen zusteht.

1) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 199 ff

2) Im Ergebnis ebenso Bärmann, Großkommentar, § 3 Bem. I 4 = S. 242

Dieses Ergebnis wird durch die Entstehungsgeschichte (1) des Wohnungseigentumsgesetzes sowie durch § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG, der für die Rechtsbeziehungen der Wohnungseigentümer subsidiär auf die bürgerlich-rechtlichen Gemeinschaftsregelungen verweist, bestätigt. Hieraus kann man entnehmen, daß Grundlage der Wohnungseigentümergeinschaft die gemeinsame Zuordnung der Grundstücksteile ist, die im gemeinsamen Eigentum stehen. In bezug auf das Sondereigentum kann eine der bürgerlich-rechtlichen Gemeinschaft vergleichbare Rechtsgemeinschaft nicht entstehen, da die im Sondereigentum stehenden Räume und Grundstücksteile jedem Wohnungseigentümer wie einem Alleineigentümer zugeordnet sind (§ 13 Abs. 1 WEG), eine gemeinschaftliche Zuordnung somit fehlt. Insoweit stehen mehrere Vollrechte an rechtlich selbständigen Gegenständen, die lediglich tatsächlich Teile einer Sache sind, nebeneinander, während die schlichte Rechtsgemeinschaft Gemeinschaft an einem Recht ist. Daher kann gegen die Entstehung einer Wohnungseigentümergeinschaft vor Errichtung des Gebäudes auch nicht eingewendet werden, verschiedene Vorschriften des WEG, die das Sondereigentum betreffen, seien gegenstandslos.

Von diesen rechtsdogmatischen Erwägungen abgesehen, wird häufig ein praktisches Bedürfnis nach der Geltung des Wohnungseigentumsgesetzes schon vor Herstellung des Gebäudes bestehen. Insbesondere werden

i) Vgl. die Begründung zu § 10 WEG, abgedruckt bei Staudinger-Ring, § 10 A und bei Weitnauer-Wirths, Anhang IV = S. 339

die Gemeinschafter daran interessiert sein, das mit fortschreitender Entwicklung des Baues allmählich wachsende gemeinschaftliche Gebäudeeigentum dem Sinn und Zweck des Wohnungseigentums entsprechend zu verwalten (1). Auch wird den Gemeinschaftern schon vor Errichtung des Gebäudes an der in § 11 Abs. 1 WEG bestimmten Unauflöslichkeit der Gemeinschaft gelegen sein. In diese Unauflöslichkeit ist auch das Vermögen der Eigentümergeinschaft einbezogen (2), zu dem die vor und während des Baues gezahlten Gelder und Forderungen der Gemeinschaft gehören. Diese Vermögensmasse soll nicht jeder Gemeinschafter beliebig durch Entnahme seines Anteils schmälern können. Sonst wäre die Durchführung des Bauvorhabens erschwert, weil die verbleibenden Gemeinschafter stärker belastet und das Risiko für die Gläubiger der Gemeinschaft unkalkulierbar würde. § 11 WEG schließt ein solches Verhalten eines Gemeinschafters aus.

Von erheblicher Bedeutung kann für die Gemeinschafter ferner die durch § 12 WEG eröffnete Beschränkung des Mitgliederwechsels sein, die mit bindender Wirkung für die möglichen Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers vereinbart werden kann (§ 10 Abs. 2 WEG).

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß die Wohnungseigentümergeinschaft schon begründet ist, wenn die Eintragung des Rechts im Grundbuch erfolgt ist und das Recht mehreren Rechtssubjekten zusteht. Damit

1) LG Berlin, JR 1962, 222

2) Diester, WEG, § 27 Anm. 16; Palandt-Degenhart, § 27 Anm. 2

entfällt auch das Argument Hohenesters (1), es handle sich bei Streitfällen über Finanzierungs- und Aufbauverpflichtungen um Begründungsstreitigkeiten, die vor dem ordentlichen Gericht auszutragen seien.

Ist demnach davon auszugehen, daß sich die Wohnungseigentümergeinschaft schon vor der Gebäudeerrichtung konstituieren kann, so folgt daraus allein noch nicht die Verfahrenszuständigkeit des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Streitigkeiten über Aufbau- und Finanzierungsverpflichtungen.

Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist nur dann zu entscheiden, wenn die Aufbau- und Finanzierungspflichten Teile der Rechtsbeziehungen der Gemeinschaftler untereinander (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG), also in Vereinbarungen enthalten sind, durch welche die Wohnungseigentümer ihre Rechtsbeziehungen untereinander geregelt haben (§ 10 Abs. 1 WEG). Dagegen wäre die Anwendbarkeit des § 43 WEG in Frage gestellt, wenn die Wohnungseigentümer den Aufbau des Gebäudes außerhalb von Vereinbarungen im Sinne von § 10 WEG im Rahmen eines besonderen Rechtsverhältnisses, etwa einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, regeln könnten und geregelt hätten.

Es ist zunächst streitig, ob den Wohnungseigentümern überhaupt die Möglichkeit offensteht, Aufbau- und Finanzierungsabreden in einem besonderen Vertrag zu

1) Hohenester, JZ 1957, 657

treffen. So ist z. B. Bärmann (1) der Auffassung, daß schon vor Errichtung des Gebäudes im Augenblick der Begründung des Wohnungseigentums Rechte und Pflichten zur Herstellung aller Räume dem Wohnungseigentumsrecht unabdingbar innewohnen.

Dagegen geht ein Teil der Judikatur (2) und des Schrifttums (3) davon aus, daß die Wohnungseigentümer Rechtsbeziehungen für die Bauzeit entweder in einer den Inhalt des Gemeinschaftsverhältnisses regelnden Vereinbarung oder in einem besonderen Bauvertrag festlegen können. Je nach der gewählten Rechtsgestaltung soll über Streitigkeiten im zivilprozessualen Streitverfahren oder im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entschieden werden.

Nach einer dritten Meinung (4) können Abreden zur Errichtung des Gebäudes sowie die entsprechenden Finanzierungsabsprachen überhaupt nicht in Vereinbarungen enthalten sein, durch welche die Wohnungseigentümer gemäß § 10 Abs. 2 WEG ihre gegenseitigen Rechtsbeziehungen bestimmen. Vielmehr handele es sich hier immer um Werk- oder Gesellschaftsverträge (5) mit klar abgrenzbaren Rechten und Pflichten. Über diese hätten die ordentlichen Gerichte allein zu entscheiden. Ein Bedürfnis nach richterlicher Gestaltungsfreiheit bestünde in solchen Verfahren nicht.

1) Bärmann, Großkommentar, § 3 Anm. I 4 = S. 242

2) BayOblG, NJW 1957, 753 ff; LG Berlin, JR 1962, 221

3) Weitnauer-Wirths, § 3 Rdn. 11 a; Soergel-Baur, § 43 Bem. 3

4) OLG Hamburg, MDR 1961, 150 = NJW, 1961, 1168; Pritsch, BGB-RGRK, § 43 Anm. 1; Hohenester, JZ 1957, 657

5) OLG Hamburg, MDR 1961, 150 = NJW, 1961, 1168

Dies solle unabhängig vom Willen der Wohnungseigentümer gelten.

Geht man davon aus, daß die Wohnungseigentümergeinschaft schon vor der Errichtung des Gebäudes entsteht, wenn Wohnungseigentumsrechte mehreren Rechtssubjekten zustehen, so liegt allerdings entsprechend der Auffassung Bärmanns (1) die Frage nicht fern, ob die Wohnungseigentümer ihre Rechtsbeziehungen überhaupt durch besonderen Vertrag außerhalb der schon bestehenden Gemeinschaft regeln können. Für die Möglichkeit unterschiedlicher rechtlicher Gestaltung ein und desselben Sachverhaltes, d. h. für eine Wahl zwischen Vereinbarungen im Sinne von § 10 WEG und dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zur Begründung der Aufbau- und Finanzierungspflichten, spricht zunächst ein praktisches Bedürfnis. Die Wohnungseigentümer können einmal daran interessiert sein, das Anwesen in engem persönlichen Zusammenwirken und ohne Einschaltung einer dritten Person zu erstellen. In diesem Falle würde ein Gesellschaftsvertrag ihrer Interessenlage mehr gerecht. Dann bestünde nämlich die Möglichkeit gemeinsamer Verfolgung und Wahrnehmung der in die gemeinschaftliche Sphäre fallenden Angelegenheiten. Gemeinschaftliche Geschäftsführung (§ 709 BGB), Gesamtvertretung ohne Zwischenschaltung eines Verwalters sind Ausdruck der engen Verbundenheit der Gesellschafter. Im übrigen erhöht die ge-

1) Bärmann, Großkommentar, § 3 I 4 = S. 242

samtschuldnerische Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten aus den Rechtsgeschäften, die im Namen der Gesellschafter abgeschlossen werden, die Kreditfähigkeit der Gemeinschaft.

Andererseits kann es den Vorstellungen der Gemeinschaft mehr entsprechen, sich aufgrund der Gebäudeerrichtung weniger persönlich einzusetzen und in stärkerem Umfang eine Aufgabendelegation auf dritte Personen vorzunehmen. Dann entspräche ihren Intentionen mehr, den Aufbau und die Finanzierung als zusätzlichen Inhalt des Gemeinschaftsverhältnisses zu regeln. Denn die Gemeinschaft verlangt eine weniger enge Beziehung der Gemeinschafter als die Gesellschaft (1) und keine zweckgerichtete Zusammenarbeit. Der einzelne Gemeinschafter ist also freier gestellt. Mit der Begründung des Gemeinschaftsverhältnisses ergibt sich die Notwendigkeit der Verwalterbestellung (§ 20 Abs. 2 WEG), so daß eine Vielzahl von Aufgaben von dem Verwalter auszuführen wären. Die Gemeinschafter hätten lediglich von Zeit zu Zeit bestimmte Angelegenheiten von besonderer Bedeutung durch Beschlüsse zu regeln, deren Durchführung wiederum Sache des Verwalters wäre (§ 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG). Davon abgesehen wäre eine gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer für Bauforderungen ausgeschlossen (2).

Trotz dieses praktischen Bedürfnisses nach einer gewissen Gestaltungsfreiheit ist es rechtstheoretisch nicht unbedenklich, die Regelung der Rechtsbeziehungen

1) BGHZ 34, 367 ff (370)

2) BGH, NJW 1959, 2160 ff

während der Bauzeit, soweit sie den Inhalt des Wohnungseigentumsrechts betreffen, völlig dem Belieben der Wohnungseigentümer zu überlassen.

Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG steht ihnen nämlich in der Regel lediglich die Möglichkeit offen, ihr Verhältnis untereinander durch Vereinbarungen und, soweit möglich, durch Beschlüsse zu regeln. In den Vereinbarungen legen die Wohnungseigentümer vor allem fest, wem (der Gemeinschaft, dem Verwalter, den einzelnen Gemeinschaftern) in bezug auf was (Sondereigentum oder gemeinschaftliches Eigentum) welche Rechte und Pflichten zustehen. Solche Vereinbarungen enthalten demnach Grundsätze der Organisation der Wohnungseigentümergeinschaft, allgemeine Vorschriften über die Tätigkeit von deren Organe, Rechte und Pflichten der einzelnen Wohnungseigentümer (z. B. Gebrauchsrechte, Kostentragungsverpflichtungen, Instandhaltungsverpflichtungen), insgesamt somit Bestimmungen, die ihrer Natur nach auf Dauer gelten (1). Aufbaupflichten sind dagegen ihrem Inhalt nach temporärer Natur.

Die Befugnis der Wohnungseigentümer zur Regelung ihrer Beziehungen ist jedoch lediglich durch verschiedene zwingende Gesetzesvorschriften, welche nicht im Zusammenhang mit der Begründung von Pflichten zur Errichtung und Finanzierung des Gebäudes stehen, eingeschränkt (2). Das den Vereinbarungen der Woh-

1) Demgemäß vergleichen Weitnauer-Wirths, § 10 Rdn. 12 die Vereinbarungen mit Satzungsregelungen beim Verein.

2) Weitnauer-Wirths, § 10 Rdn. 9

nungseigentümer im allgemeinen eigene Dauerelement schließt Vereinbarungen, die ihrem Inhalt nach vorübergehenden Charakter tragen, nicht aus. Demgemäß können die Wohnungseigentümer im Rahmen der Gemeinschaft auch den Wiederaufbau eines völlig zerstörten Gebäudes über den abdingbaren § 22 Abs. 2 WEG (1) hinaus auch ohne entsprechenden Versicherungsschutz vereinbaren.

Demgemäß gestattet das WEG den Gemeinschaftern in § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG, ihr Verhältnis untereinander frei zu regeln, soweit nicht zwingende Vorschriften des Gesetzes entgegenstehen. Das Gesetz gewährt den Wohnungseigentümern somit nicht nur Vertragsfreiheit für zusätzliche, sondern darüber hinaus für Vereinbarungen, die von den gesetzlichen Vorschriften abweichen (§ 10 Abs. 1 Satz 2 WEG). Allein diese weitgehende Vertragsfreiheit würde dem Erfordernis gerechter Entwicklung und Ausbreitung des Wohnungseigentums nicht durch Einschränkung der Gestaltungsmöglichkeiten zu behindern.

Im übrigen kann man nicht in Frage stellen, daß Pflichten zur Errichtung und Finanzierung des Gebäudes das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen. Einmal ergibt sich dies schon daraus, daß die Wohnungseigentümergeinschaft schon - wie oben näher dargelegt wurde - vor Gebäudeerrichtung besteht und damit die Möglichkeit von Vereinbarungen zwischen Wohnungseigentümern, die das Wohnungseigentumsrecht betreffen, eröffnet ist. Davon abgesehen ist es un-

1) Weitnauer-Wirths, § 22 Rdn. 1; KG, MDR 1969, 925

abdingbarer Inhalt eines Vertrages nach § 3 WEG - das vorliegende Problem wird in Praxi allein bei dieser Begründung des Wohnungseigentums eine Rolle spielen -, jedem Miteigentümer das Sondereigentum an bestimmten Räumen zu verschaffen. Diese Verpflichtung zur Einräumung von Sondereigentum betrifft immer die Rechtsbeziehungen der Wohnungseigentümer untereinander, weil die damit verbundene Erweiterung der Rechte des einzelnen Wohnungseigentümers gleichzeitig die Rechte der übrigen insoweit beschränkt, als sich deren Miteigentumsanteile nicht mehr auf seine Sondereigentumsanteile erstrecken (1).

Das WEG zieht der Freiheit der Wohnungseigentümer, durch Vereinbarungen ihre Rechtsbeziehungen zu gestalten (2), lediglich dadurch eine Schranke, daß es zwingend

- a) die Unauflöslichkeit der Gemeinschaft (§ 11 WEG) (3),
- b) den Anspruch auf Zustimmung zur Veräußerung, soweit kein wichtiger Grund zur Verweigerung vorliegt (§ 12 Abs. 2 Satz 1 WEG) (4),
- c) die Möglichkeit eines Entzugs des Wohnungseigentums (§ 18 Abs. 4 WEG),
- d) die Bestellung und den Aufgabenkatalog des Verwalters (§§ 20 Abs. 2, 27 Abs. 3 WEG) festlegt.

1) Däubler, DNotZ 1964, 216 (223)

2) Außerhalb der Rechtsbeziehungen zwischen den Gemeinschaftern gelten nach Weitnauer-Wirths, § 10 Rdn. 10 z. B. §§ 43 ff, 19 Abs. 1 und Abs. 3 WEG als unabdingbar.

3) Palandt-Degenhart, § 10 Anm. 1

4) Dies schließt man aufgrund eines Argumentum e contrario aus § 12 II 2 WEG; vgl. Bärmann, Großkommentar, § 12 Bem. IV = S. 371; Staudinger-Ring, § 12 Anm. 4; Weitnauer-Wirths, § 12 Rdn. 5

Diese zwingenden Vorschriften berühren erkennbar nicht die Möglichkeit, Aufbau- und Finanzierungsbreden in Vereinbarungen der Wohnungseigentümer nach § 10 WEG zu treffen.

Es bleibt zu erörtern, ob mit der Zulässigkeit einer Regelung der Aufbau- und Finanzierungspflichten in Vereinbarungen der Gemeinschaftler untereinander zugleich noch die Möglichkeit gesellschaftsvertraglicher Begründung dieser Pflichten eröffnet ist.

Rechtsdogmatische Einwände gegen die Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Regelungen der Wohnungseigentümer über den Bau des Anwesens sind möglicherweise daraus herzuleiten, daß sich Vereinbarungen zwischen Wohnungseigentümern im Rahmen der Grundregeln einer Gemeinschaft nach Bruchteilen im Sinne von § 741 BGB halten müssen (1), da das Wohnungseigentum ein besonders ausgestaltetes Miteigentum ist und für die Rechtsbeziehungen der Wohnungseigentümer hilfsweise die bürgerlich-rechtlichen Gemeinschaftsregelungen gelten. Der in § 10 Abs. 1 WEG enthaltene Grundsatz der Vertragsfreiheit ist durch den Verweis auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Gemeinschaft immanent begrenzt, da die in § 741 BGB enthaltene Grundregelung unabdingbar und nicht willkürlich durch ein anders gestaltetes Gemeinschaftsverhältnis austauschbar ist (2). Den Parteien ist es

1) OLG Schleswig, NJW 1961, 1870; Diester, WEG § 10 Anm. 1; Diester, Rechtspfleger 1965, 193 (201); Pritsch, BGB-RGRK § 10 Anm. 16; Palandt-Degenhart, § 10 Anm. 2 a

2) Mugdan, Materialien zum BGB, Band II, S. 488; Soergel-Schultze-von Lasaulx, Bem. 15 vor § 741 BGB m.w.N.

demgemäß verwehrt, vertraglich ein Gesamthandsverhältnis zu vereinbaren, wenn das Gesetz eine Gemeinschaftsberechtigung vorsieht. Die an sich durch Gründung einer Gesellschaft in Verbindung mit einer Gemeinschaftsaufhebung mögliche Überführung der Gemeinschaft in eine Gesellschaft kommt hier nicht in Frage, weil der Eigentumsberechtigung der Wohnungseigentümer Miteigentum und nicht ein Gesamthandsverhältnis zugrunde liegt. Dieses Miteigentum umfaßt auch Teile des Gebäudes nach dessen Errichtung. Einzelne Vorschriften des WEG machen deutlich, daß eine gesamthänderische Gestaltung nicht möglich ist. So wäre die in § 6 Abs. 1 WEG vorgesehene Veräußerung oder Belastung eines Miteigentumsanteils bei Vorliegen von Gesamthandseigentum nicht möglich; denn nur die Gemeinschaft könnte über die ganze Sache verfügen (§ 719 BGB). Wert und Höhe des zu belastenden Anteils ergäbe sich erst nach Auflösung der Gesamthand. Die für die praktische Bedeutung des Wohnungseigentums außerordentlich wichtige (1) Veräußerbarkeit und Belastbarkeit des einzelnen Rechts wäre damit aufgehoben. Daraus folgt, daß die Mitberechtigung des Wohnungseigentümers inhaltlich dem Miteigentum nach § 1008 BGB entsprechen muß, auch wenn das Wohnungseigentumsgesetz in anderen Bereichen eine Annäherung an die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft enthält.

Es ist daher zu erörtern, ob die im Wohnungseigentumsgesetz enthaltenen, oben (2) erwähnten zwingenden Vorschriften oder der Ausschluß einer gesamthänderischen Berechtigung der Wohnungseigentümer rechts-

1) Karstädt, NJW 1961, 1870, hält dieses Element sogar "für lebensnotwendig".

2) S. 45 der Arbeit

dogmatisch der Möglichkeit entgegenstehen, in einem Gesellschaftsvertrag Aufbau und Finanzierung des Gebäudes zu regeln.

Die letztere Frage, die sich wegen der Notwendigkeit einer Gemeinschaftsberechtigung der Wohnungseigentümer im Sinne von §§ 741 ff BGB stellt, ist unter Berücksichtigung des Umstandes zu beantworten, daß die meisten Vorschriften des BGB über die Gesellschaft dispositiv sind (1). Das Gesetz räumt in großem Umfang den Parteien die Möglichkeit ein, entsprechend ihren Bedürfnissen und Wünschen das gesetzliche Organisationsmodell abzuändern. Diese Abweichungen von den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften können über Einzelheiten hinausgehen und die Struktur der Gesellschaft betreffen (2). Damit gewährleistet das Gesetz jenes besondere Maß an Elastizität und Anpassungsfähigkeit, das die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft für die Praxis so interessant macht. Obwohl die Gesellschafter typischerweise gesamthänderisch gebunden sind, können sie auch die Bildung eines Gesamthandsvermögens ausschließen (3) oder statt eines Gesamthandsverhältnisses ein Gesellschaftsvermögen nach Bruchteilen vereinbaren (4). Das Fehlen eines Gesamthandsvermögens ist typisches Merkmal der Innengesellschaft (5). Vereinbaren die Gesellschafter, daß die von ihnen im Rahmen ihrer Tätigkeit oder kraft ihrer Leistungen erworbenen Gegenstände nach Bruchteilen

1) Staudinger-Keßler, Vorbem. 45, 56 vor §§ 705 ff BGB

2) Staudinger-Keßler, Vorbem. 45 vor § 705 BGB

3) Staudinger-Keßler, Vorbem. 45 a vor § 705 BGB

4) BGHZ 8, 157 (168); RGZ 45, 34 (38); Larenz, Schuldrecht, Besonderer Teil, S. 308 f

5) Staudinger-Keßler, Vorbem. 46 vor §§ 705 ff BGB

gemeinschaftlich allen zustehen, entsteht unter ihnen im Rahmen der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft eine schlichte Rechtsgemeinschaft (1). Dank dieser besonderen Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft zwingt jedenfalls das von der Miteigentumsgemeinschaft ausgehende Wohnungseigentumsgesetz die Wohnungseigentümer nicht, auf die Vereinbarung einer Aufbau- und Finanzierungsgesellschaft zu verzichten.

Auch die oben (2) genannten zwingenden Regelungen des Wohnungseigentumsgesetzes zur Ausformung der Eigentümergemeinschaft stehen dem Abschluß einer Aufbaugesellschaft nicht entgegen.

Zunächst stellt die in § 11 WEG festgelegte Unauflöslichkeit der Gemeinschaft kein Hindernis für ein Gesellschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer dar. Im Gegensatz zu § 749 BGB, der für jeden Teilhaber einer schlichten Rechtsgemeinschaft einen Anspruch auf Auflösung begründet, bezweckt § 11 die Verschaffung einer Rechtsstellung, die dem Wohnungseigentümer wider seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann. Durch diese Vorschrift ist die Gemeinschaft vor dem Verlangen eines oder mehrerer Wohnungseigentümer nach Auflösung geschützt. Diese Erschwerung der Auflösung im Interesse des Bestandes der Gemeinschaft gilt nur solange, als eine einheitliche Willensbildung der Gemeinschaft ausgeschlossen ist. Mit diesem Streben nach einer starken Grundlage der Gemeinschaft steht es

1) Staudinger-Keßler, Vorbem. 45 a vor §§ 705 ff BGB

2) E. 45 der Arbeit

nicht in Widerspruch, wenn die Gemeinschafter zur Förderung der Gebäudeerrichtung und damit zur Schaffung des Gegenstandes des Sondereigentums ein von der Zwecksetzung her begrenztes Gesellschaftsverhältnis gründen. Denn das Gesellschaftsverhältnis ist von vornherein mit einem eng begrenzten Zweck gegründet worden. Ziel ist der Aufbau des Gebäudes. Mit der Erreichung dieses Zieles endet nach § 726 BGB die Gesellschaft. In Ermangelung gesamthänderischen Gesellschaftsvermögens entfällt eine Auseinandersetzung im Sinne von §§ 750 ff BGB (1). Das errichtete Anwesen steht den Wohnungseigentümern schon nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages teils als Alleinberechtigten, teils als Mitberechtigten zu. Die von Anfang an beabsichtigte Auflösung der Gesellschaft stellt nicht die von § 11 WEG geschützte Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses in Frage, wenn besondere Zuordnung des Grundstücks an mehrere Personen besteht.

Auch die über § 12 Abs. 2 Satz 1 WEG hinaus zwingend verbotene Beschränkung des Anspruchs eines Wohnungseigentümers auf Zustimmung zur Veräußerung steht nicht im Widerspruch mit unabdingbaren Regelungen des Gesellschaftsrechtes. Denn die Gemeinschafter können durch die Vereinbarung das Recht auf Übertragung des Gesellschaftsanteils nicht völlig ausschließen.

Ebenso ist es den Gemeinschaftern freigestellt, Abreden zu treffen, wonach ein Gemeinschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, wenn er sich den anderen gegenüber derart schwerer Pflichtverletzungen schuldig macht, daß diesen die Fortsetzung

(1) Staudinger-Kießler, § 750 Anm. 5

der Gesellschaft nicht mehr zugemutet werden kann. § 757 BGB enthält eine dem § 10 Abs. 1 WEG im wesentlichen entsprechende Regelung. Schließlich steht das im WEG (§§ 20 Abs. 2, 27 Abs. 3 WEG) enthaltene zwingende Gebot der Bestellung eines mit bestimmten Befugnissen und Pflichten ausgestatteten Verwalters einer gesellschaftsvertraglichen Begründung von Aufbau- und Finanzierungspflichten nicht entgegen. Es bestehen nämlich zwischen den Gesellschaftern gemeinschaftsrechtliche Beziehungen, die sämtliche Gesellschafter durch einen Bevollmächtigten ausüben lassen können (1). Dazu gehören vor allem Geschäftsführungs- und Vertretungsrechte (§§ 709, 714 BGB). Ein Gesellschaftsvertrag mit dem Zweck, Aufbau und Finanzierung des Gebäudes zu ermöglichen, könnte somit auch dem Erfordernis des WEG gerecht werden, bestimmte Befugnisse und Aufgaben einem Verwalter zu übertragen.

Die Wohnungseigentümer können demnach Verpflichtungen zum Aufbau und zur Finanzierung des Gebäudes in einer Vereinbarung über den Inhalt des Gemeinschaftsverhältnisses regeln (§ 10 Abs. 1 und Abs. 2 WEG) oder in einem besonderen Gesellschaftsvertrag begründen. Angesichts der oben dargelegten Einschränkungen bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses, die sich letztlich aus der teilweisen Identität des Zuordnungsobjektes der möglichen Gesellschaft mit der Wohnungseigentümergeinschaft ergeben, ist noch auf die unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen einzugehen, die mit den beiden Gestaltungsformen verbunden sind.

1) Staudinger-Keßler, § 705 Anm. 79; RGZ 125, 299

Der entscheidende Unterschied ist in § 10 Abs. 2 WEG enthalten. Regeln die Wohnungseigentümer ihre Bau- und Zahlungsverpflichtungen in Ergänzung der WEG-Vorschriften in Vereinbarungen gemäß § 10 WEG, so steht ihnen die Möglichkeit offen, diese Vereinbarungen durch Eintragung im Wohnungsgrundbuch auch für und gegen ihre Sondernachfolger verbindlich zu treffen (§ 10 Abs. 2 WEG). Schließen sich die Wohnungseigentümer dagegen zu einer Aufbaugesellschaft zusammen, ist ihnen diese Möglichkeit von Abreden, die unmittelbar im Verhältnis zu den Rechtsnachfolgern wirken, genommen.

Eine weitere Verschiedenheit ergibt sich aus § 23 Abs. 1 und Abs. 4 WEG. Enthalten Vereinbarungen zwischen den Wohnungseigentümern die Pflichten zur Errichtung und Finanzierung des Gebäudes, so sind entsprechend solchen Vereinbarungen getroffene Beschlüsse nur im begrenzten Umfang insoweit gerichtlich nachprüfbar, als sie binnen einer bestimmten Frist vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit angefochten werden.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Wohnungseigentümer, die sich zulässigerweise schon vor Errichtung des gemeinsamen Gebäudes zu einer Gemeinschaft zusammengeschlossen haben, ihre Rechtsbeziehungen in bezug auf das Bauvorhaben wahlweise in einem besonderen Vertragsverhältnis außerhalb von Vereinbarungen im Sinne von § 10 WEG oder im Rahmen solcher Vereinbarungen als Inhalt des Gemeinschaftsverhältnisses regeln können. Wählen die Gemeinschaftler den zuerst genannten Weg, so gehören Streitigkeiten zwischen ihnen vor die ordentlichen Gerichte. Denn es liegen keine gemeinschafts-

bezogenen Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander vor. Sind dagegen die Aufbau- und Finanzierungspflichten innerhalb des bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses durch zusätzliche Vereinbarungen geregelt und auf diese Weise als Pflicht jedes Gemeinschafters verankert, so kommt im Streitfall das besondere Verfahren der §§ 43 ff WEG zum Zuge. Fehlt es überhaupt an einer Regelung, so wird man im Zweifel im Wege ergänzender Auslegung eine Vereinbarung im Sinne von § 10 WEG anzunehmen haben.

4. Inhalt und Umfang des Sondereigentums

Zu den noch nicht hinreichend geklärten Problemen des § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG gehört die verfahrensrechtliche Behandlung von Streitigkeiten über Inhalt und Umfang des Sondereigentums. Während die Vertreter des Schrifttums (1) und die Gerichte (2) einhellig Streitigkeiten über den Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums (3) zu den Ansprüchen rechnen, die sich aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ergeben, sind die Stellungnahmen zu der Verfahrenszuständigkeit bei Auseinandersetzungen über das Sondereigentum unterschiedlich und teilweise unklar.

-
- 1) Bärmann, Großkommentar, § 43 Bem. I = S. 842; Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 4; Staudinger-Ring, § 43 Anm. 2; Palandt-Degenhart, § 43 Anm. 1; Diester, WEG § 43 Anm. 3; Erman-Westermann, § 43 Anm. 1
 - 2) BayOblG, NJW 1964, 27; BayOblG, MDR 1971, 301; OLG München, NJW 1968, 994 (995); OLG Frankfurt, NJW 1965, 2205 (2206)
 - 3) Dazu gehören z. B. Streitigkeiten über die Frage, ob an der Außenseite der gemeinschaftlichen Hauswand Lichtreklame angebracht werden darf oder in welchem Umfang die Kellerräume von den einzelnen Wohnungseigentümern genutzt werden dürfen. Im allgemeinen handelt es sich um Rechte bzw. Pflichten der Wohnungseigentümer aus §§ 13 Abs. 2, 14 Ziffer 1 - 3 WEG oder aus Vereinbarungen zwischen den Wohnungseigentümern über den Gebrauch des gemeinsamen Eigentums nach § 15 WEG.

a) Der Streitstand

So meint man zum Teil (1), Streitfälle über den Inhalt und Umfang des Sondereigentums seien im Zivilprozeßwege auszutragen; andere (2) sind der Auffassung, über Ansprüche, die den Gebrauch des Sondereigentums betreffen, sei im Verfahren nach §§ 43 ff WEG zu entscheiden.

Welche Ansprüche sich im einzelnen an das Sondereigentum anknüpfen, bleibt dabei offen; Begründungen fehlen. Vor allem äußern diejenigen, die eine Kompetenz des Zivilrichters vertreten, sich durchweg nicht zu der Frage, warum die aus §§ 13 Abs. 1, 14 Nr. 1 und 4 und 15 Abs. 3 WEG in bezug auf das Sondereigentum sich ergebenden Rechte nicht solche aus der Wohnungseigentümergeinschaft sind, über die der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu befinden hat. Eine nähere Stellungnahme dazu wäre schon deshalb erforderlich gewesen, weil die Vertreter dieser Ansicht im übrigen alle im zweiten und dritten Abschnitt des ersten Teils des WEG (§§ 10 - 29 WEG) geregelten Angelegenheiten mit Ausnahme der in § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG ausdrücklich erwähnten Ausnahmen dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuweisen (3).

-
- 1) Soergel-Baur, § 43 Bem. 3; Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 4 a; Pritsch, BGB-RGRK § 43 Anm. 1; BayOblG, MDR 1971, 301
 - 2) Bärmann, Großkommentar, Bem. I = S. 342; Diester, WEG § 43 Anm. 4; Staudinger-Ring, § 43 Anm. 2; vgl. auch OLG Frankfurt, NJW 1961, 324 f, das betont, Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer i. S. v. § 14 Nr. 1 und 2 WEG seien solche im Sinne von § 43 I 1 WEG
 - 3) Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 4; Soergel-Baur, § 43 Bem. 3

b) Eigene Ansicht

Unter Berücksichtigung der Fassung und Zielsetzung des § 45 Abs. 1 Nr. 1 WEG, im Interesse einer funktionierenden Gemeinschaft Streitigkeiten zwischen Wohnungseigentümern zu vermeiden oder jedenfalls schnell zu schlichten, wird es für die verfahrensrechtliche Beurteilung von Streitfällen im Hinblick auf das Sondereigentum entscheidend sein, ob Streitgegenstand ein Rechtsverhältnis ist, aus dem sich gemeinschaftsbezogene Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander ergeben. Die Entscheidung darüber erfolgt aufgrund der tatsächlichen Behauptungen des Antragstellers und ihrer rechtlichen Würdigung durch den Richter (1).

Ist diese Frage eindeutig für oder gegen das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entschieden, so vermag eine möglicherweise auftretende Anspruchskonkurrenz zwischen Ansprüchen bürgerlich-rechtlicher Natur und solchen aus dem Wohnungseigentumsgesetz oder aus Vereinbarungen der Wohnungseigentümer nichts mehr an der unabhängig davon bestimmten Verfahrenszuweisung zu ändern. Die gegenteilige Auffassung würde dem oben dargestellten Sinn und Zweck der Übertragung von Streitfällen unter Wohnungseigentümern an den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit widersprechen und zudem die Gefahr unerfreulicher Verfahrensverdopplungen mit sich bringen. So wie es bei der Abgrenzung von bürgerlich-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten nicht darauf ankommt, daß alle anzuwendenden Normen privatrechtlicher Natur sind, setzt die Bestimmung der Verfahrenszuständigkeit hier nicht voraus, daß alle einschlägigen Anspruchsgrundlagen dem Wohnungseigentumsgesetz angehören.

1) Entsprechend entscheidet man über den Rechtsweg; BVerwG, JZ 1966, 795; BGH, LM Nr. 66, 81, 84, 102 zu § 13 GVG

In bezug (1) auf das Sondereigentum steht jedem Wohnungseigentümer eine Mehrzahl von Rechten zu. Diese ergeben sich teilweise aus dem WEG (§§ 13 Abs. 1, 14 Nr. 1 - 4, 15 Abs. 3 WEG), teilweise aus Vereinbarungen der Wohnungseigentümer nach §§ 10, 15 Abs. 1 WEG, teilweise sind sie aus bürgerlich-rechtlichen Vorschriften, wie §§ 1004, 985, 823 BGB, herzuleiten.

Zur Lösung des vorliegenden Problems ist zu klären, welche der genannten Ansprüche die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer untereinander betreffen und welche Rechte sich zwar aus dem Sondereigentum ergeben, das Gemeinschaftsverhältnis jedoch nicht berühren. Für die Abgrenzung wird das formale Kriterium, daß Anspruchsberechtigter und -verpflichteter Wohnungseigentümer sind, höchstens indizielle Bedeutung haben, denn es kann auch zwischen zwei Wohnungseigentümern zu Streitigkeiten kommen, welche die Gemeinschaft nicht berühren. So wird beispielsweise über Ansprüche wegen Beschädigung des Kraftfahrzeuges eines Wohnungseigentümers durch einen anderen sicherlich nur im streitigen Verfahren zu entscheiden sein. Denn es fehlt in diesem Fall den Ansprüchen jeder Bezug auf die Gemeinschaftsrechte oder -pflichten.

Die Rechtsbeziehungen der Gemeinschaft untereinander werden hinsichtlich des Sondereigentums durch §§ 13 - 15 WEG sowie durch Vereinbarungen unter den Gemeinschaftlern im Sinne von § 10 Abs. 2 WEG geregelt.

Die der Fassung des § 903 BGB ähnliche Generalklausel des § 15 Abs. 1 WEG kennzeichnet den Inhalt des Sondereigentums und legt die Rechte eines jeden Wohnungseigentümers gegenüber anderen Rechtssubjekten, auch gegenüber den übrigen Wohnungseigentümern, fest.

1) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, - 57 -
S. 60; RGZ 95, 202

§ 14 WEG bestimmt die Pflichten jedes Gemeinschafters gegenüber den übrigen Wohnungseigentümern. Dabei werden die Pflichten in bezug auf das Sondereigentum genauso behandelt wie diejenigen hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums. Zusätzlich besteht in bezug auf das Sondereigentum allerdings noch die Verpflichtung, die im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile so instandzuhalten (§ 14 Nr. 1 WEG), daß keinem anderen Wohnungseigentümer ein Nachteil erwächst, sowie die Verpflichtung, das Betreten und die Benutzung der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile zu dulden, soweit es zur Instandhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erforderlich ist (§ 14 Nr. 4 WEG). Schließlich bestimmt § 15 Abs. 3 WEG noch im Hinblick auf den Gebrauch des Sondereigentums, daß jeder Wohnungseigentümer einen Gebrauch der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile verlangen kann, der dem Gesetz, den Vereinbarungen und Beschlüssen und, soweit sich die Regelung hieraus nicht ergibt, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Er-messen entspricht. Durch §§ 13 - 15 WEG wurde das Sondereigentum in die Rechtsbeziehungen der Gemeinschafter untereinander einbezogen.

Allerdings fehlt hinsichtlich des Sondereigentums die gemeinschaftliche Zuordnung eines Gegenstandes. Daher entfallen alle Rechtsbeziehungen aus einer gemeinschaftlichen Rechtssphäre. Auch ist Nutzung und Benutzung des Gegenstandes des Sondereigentums jedem Gemeinschafter allein vorbehalten. Jeder verwaltet seine Wohnung ohne rechtliche Einflußmöglichkeit der anderen. An diese Festlegungen knüpft sich die Frage, ob die im WEG aufgeführten, im Hinblick auf das Sondereigentum genannten Rechte und Pflichten (§§ 13 - 15

WEG) überhaupt solche aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer untereinander sind.

Dies ist zu bejahen. Die bezüglich des Sondereigentums bestehenden Befugnisse bzw. Leistungspflichten der Wohnungseigentümer gemäß §§ 13 - 15 WEG sollen ein räumliches Zusammenleben der Gemeinschaftler ermöglichen. So hat jeder Wohnungseigentümer das ihm zustehende Sondereigentum nur im Rahmen der Gemeinverträglichkeit zu benutzen. In § 13 Abs. 1 WEG kommt dies dadurch zum Ausdruck, daß die umfassenden Gebrauchs- und Nutzungsrechte jedes Gemeinschafters insoweit eingeschränkt sind, als Rechte Dritter entgegenstehen. Neben der Pflicht, die Wohnung so instandzuhalten, daß die übrigen Gemeinschaftler nicht in der Benutzung ihres Sondereigentums behindert werden, hat jeder Wohnungseigentümer in bezug auf das Sondereigentum jedes die Gemeinschaft schädigende Verhalten zu unterlassen. §§ 13 - 15 WEG schränken das Alleinbenutzungs- und Verwaltungsrecht des einzelnen Gemeinschafters ein. Diese Rechte bzw. Pflichten obliegen den Gemeinschaftern, um ein geordnetes Zusammenleben aller Gemeinschaftler in dem Gebäude zu erzielen.

Insgesamt ist festzustellen, daß auch hinsichtlich des Sondereigentums aufgrund des engen räumlichen Zusammenlebens Rechtsbeziehungen aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bestehen. Der einzelne Gemeinschaftler ist innerhalb der Hausgemeinschaft auch insoweit eng gebunden, als es seine Rechtsstellung hinsichtlich des Sondereigentums betrifft. Streitigkeiten über diesen gemeinsamen Rechtskreis hat der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG zu entscheiden.

5. Schadensersatzansprüche der Wohnungseigentümer untereinander

Im Rahmen des § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG ist schließlich nicht hinreichend das Problem der verfahrensrechtlichen Behandlung von bürgerlich-rechtlichen Ansprüchen, vor allem Schadensersatzansprüche der Wohnungseigentümer untereinander, klargestellt.

Während man überwiegend die Anwendbarkeit der §§ 43 ff WEG auch für den Fall, daß Ansprüche aus § 823 BGB oder aus § 1004 BGB behauptet werden, bejaht (1), sollen nach anderer Auffassung jedenfalls die Ansprüche aus unerlaubter Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit entzogen und dem ordentlichen Richter zugewiesen sein (2). Zur Begründung verweist die herrschende Auffassung darauf, daß die einem Streitfall zugrunde liegenden gesetzlichen Vorschriften für die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsweges ohne Belang seien (3).

-
- 1) OLG München, NJW 1968, 994 (995); OLG Stuttgart, OLGZ 1970, 74; OLG Frankfurt, NJW 1965, 2206; Bärmann, Großkommentar, § 43 Bem. I = S. 842, der jedoch gleichzeitig Zweifel von Weitnauer-Wirths für berechtigt hält, da die Begründung von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung sich in keiner Weise aus §§ 10 ff BGB ergäbe; Staudinger-Ring, § 43 Anm. 3; Soergel-Baur, § 43 Bem. 3; Diester, WEG § 43 Anm. 4
 - 2) Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 4 a, der aber gleichzeitig hervorhebt, es berühre die Zuständigkeit des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht, wenn die "streitgegenständliche Pflichtverletzung" gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfülle; Pritsch, BGB-RGRK, § 43 Bem. 1; der ebenfalls das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit aber dann für gegeben hält, wenn zugleich eine aus der Raumeigentümergeinschaft oder Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums sich ergebende Pflicht verletzt ist.
 - 3) OLG Frankfurt, NJW 1965, 2206

Außerdem umfasse § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG, der weit auszu-
legen sei, alle aus der Gemeinschaft der Wohnungseigen-
tümer sich ergebenden Rechte und Pflichten (1). Ent-
scheidend sei das Bedürfnis nach Verhinderung bzw. mög-
lichst schneller Schlichtung von tiefgehenden Streitig-
keiten zwischen Wohnungseigentümern, das auch bei
- gleichzeitigem - Vorliegen bürgerlich-rechtlicher An-
sprüche bestünde (2). Demgegenüber hält Bärmann (3)
Zweifel an der Zuständigkeit des Richters der frei-
willigen Gerichtsbarkeit jedenfalls insoweit für be-
rechtigt, als die Begründung von Ansprüchen aus uner-
laubter Handlung sich in keiner Weise aus §§ 10 ff WEG
insbesondere nicht aus der Gemeinschaft schlechthin ode-
der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums ergäbe.

Bei einer generellen Ablehnung der Verfahrenszuständig-
keit des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit für
die Entscheidung über Schadensersatzansprüche zwischen
den Wohnungseigentümern wird verkannt, daß Schadens-
ersatzansprüche, die sich aus einer Verletzung von Rechte
und Pflichten aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentüm
und aus der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums
ergeben, den primären Leistungsgeboten materiell gleich
artig sind. Solche sekundären Rechte, die dem Schutz un-
der Verwirklichung der primären aus §§ 10 ff WEG fol-
genden Rechte bzw. den diesen gleichstehenden Rechtsver-
hältnissen dienen, sind verfahrensrechtlich gleichzu-
stellen (4).

1) OLG Stuttgart, OLGZ 1970, 74

2) OLG München, NJW 1968, 995

3) Bärmann, Großkommentar, § 43 Bem. I = S. 843

4) BGH, NJW 1972, 1318 (1319)

Kann ein Wohnungseigentümer von einem anderen eine bestimmte Handlung und Unterlassung verlangen und ist für dieses Begehren ein bestimmter Verfahrensweg von dem Gesetz vorgesehen, so gilt diese Verfahrenszuständigkeit auch für Hilfs- und Ersatzansprüche, die erst aus einer Störung im Rechtsverhältnis erwachsen.

Ist im übrigen mittels rechtlicher Würdigung des tatsächlichen Vorbringens des Antragstellers geklärt, ob Rechte der Wohnungseigentümer untereinander geltend gemacht werden, so ist damit auch das Problem der Verfahrenszuständigkeit entschieden. Eine möglicherweise auftauchende Anspruchskonkurrenz zwischen Ansprüchen bürgerlich-rechtlicher Natur und solchen aus dem Wohnungseigentumsgesetz oder aus Vereinbarungen der Wohnungseigentümer ändert nichts mehr an der unabhängig davon bestimmten Verfahrenszuweisung. Die gegenteilige Auffassung würde dem oben dargestellten Sinn und Zweck der Übertragung von Streitfällen unter Wohnungseigentümern auf den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit widersprechen und zudem die Gefahr unerfreulicher Verfahrensverdoppelungen mit sich bringen. So wie es bei der Abgrenzung von bürgerlich-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten nicht darauf ankommt, daß alle anzuwendenden Normen privatrechtlicher Natur sind (1), setzt die Bestimmung der Verfahrenszuständigkeit hier nicht voraus, daß alle einschlägigen Anspruchsgrundlagen dem Wohnungseigentumsgesetz angehören.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß über Schadensersatzansprüche der Wohnungseigentümer untereinander im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden ist, wenn diese Ansprüche aus der Verletzung von Rechten, über die der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu befinden hat, herrühren.

1) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, S. 60;
RGZ 93, 202

B Die Verfahrenszuständigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG

I. Unstreitige Fälle

Die Zuständigkeit des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist ferner gegeben bei Auseinandersetzungen über Rechte und Pflichten des Verwalters bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG).

Innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft ist der Verwalter unabdingbar notwendiges Organ für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 20 Abs. 2 WEG). Ihm obliegt die Führung von Geschäften, die im Interesse aller Wohnungseigentümer liegen (1). Neben dem Vorsitz in der Wohnungseigentüerversammlung (§ 24 Abs. 4 WEG) räumt das Gesetz dem Verwalter die Befugnis ein, in bestimmten Angelegenheiten im Namen und mit Wirkung für und gegen alle Wohnungseigentümer gerichtlich und außergerichtlich zu handeln (§ 27 Abs. WEG).

Vor allem hat der Verwalter für die ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums zu sorgen (§ 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG). Im Rahmen der gemäß § 27 Abs. 3 WEG nicht abdingbaren Aufgaben vertritt (2) der Verwalter die Wohnungseigentümer.

1) Pfeuffer, NJW 1970, 2255 ff

2) Es ist streitig, ob eine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht vorliegt. Eine gesetzliche Vertretungsmacht nehmen an Weitnauer-Wirths, § 27 Rdn. 6; Pritsch, BGB-RGRK § 26 Anm. 7; KG, NJW 1956, 1679; Diester, WEG § 27 Anm. 7; Soergel-Baur, § 27 Bem. 1; Pritsch, BGB-RGRK § 27 Anm. II 1, die letztere Auffassung vertritt Bärmann, GroB-kommentar, § 27 Bem. II 1, II 2 = S. 640, 645

Übertragen ist ihm ferner die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums, insbesondere die Durchführung der Beschlüsse der Wohnungseigentümer und der Hausordnung (§ 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG), die ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung der Hauptgebäudeteile und der gemeinschaftlichen Nebenanlagen (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG), die Verwaltung gemeinschaftlicher Gelder (§ 27 Abs. 1 Nr. 3 WEG), die Abführung der Grundstückslasten (§ 27 Abs. 2 Nr. 1 WEG), die Erhebung von Ansprüchen der Gemeinschaft (§ 27 Abs. 2 Nr. 5 WEG), sofern ein ermächtigender Beschluß der Gemeinschaft vorliegt.

So sollen beispielsweise Streitigkeiten über das Ausmaß der vom Verwalter ins Auge gefaßten Instandsetzungsarbeiten (1), solche wegen der Überwachung der Hausordnung (2), Auseinandersetzungen über die Art und Weise der Verwaltung gemeinschaftlicher Gelder sowie solche über die Verpflichtung zur Einberufung einer Wohnungseigentümerversammlung (§ 24 Abs. 2 WEG) (3) im Rahmen eines Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit entschieden werden. Ebenso soll der Streit um die Abberufung des Verwalters nach § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG zu beurteilen sein (4). Ferner soll der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit angerufen werden können, wenn der Verwalter Gelder nicht abgeführt, Beiträge berechtigterweise nicht eingezogen oder nicht am Leistungsort Rechnung gelegt hat (5).

-
- 1) Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 8
 - 2) Bärmann, Großkommentar, § 43 Bem. I = S. 845
 - 3) Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 8; BayObLG, MDR 1970, 507
 - 4) Palandt-Degenhart, § 43 Anm. i b; Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 8 c; BayObLG 1965, 34, 43
 - 5) OLG Karlsruhe, NJW 1969, 1968

Im Vordergrund stehen somit Funktionen im Bereich der Vermögensverwaltung. Der Verwalter ist befugt, gewiss Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte, die in der Regel mit der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums sowie der gemeinschaftlichen Gelder zusammenhängen oder die Wohnungseigentümer als solche betreffen, mit Wirkung für und gegen die Wohnungseigentümer vorzunehmen. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, daß die in § 27 Abs. 1 und Abs. 2 WEG genannten Rechte und Pflichten des Verwalters zwar nicht eingeschränkt (§ 27 Abs. 3 WEG), aber durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer (§ 10 Abs. 2 WEG) erweitert werden können (1).

II. Streitige Fälle

1. Der Streitstand

Während zu § 45 Abs. 1 Nr. 1 WEG von den Gerichten und den Kommentatoren teilweise recht kontroverse Auffassungen vertreten werden, bot sich im Zusammenhang mit § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG bis zur unlängst veröffentlichten Entscheidung des BGH vom 5. 6. 1972 (2) ein einheitliches Meinungsbild.

Insbesondere war man sich darüber einig, daß im Rahmen dieser Vorschrift Rechte und Pflichten des Verwalters bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums von solchen aus dem Anstellungsverhältnis zu trennen seien. Demgemäß sonderte man Streitigkeiten über die Begründung des Verwaltervertrages, über Ansprüche aus diesem Rechtsverhältnis (z. B.

1) Soergel-Baur, § 26 Bem. 4; Palandt-Degenhart, § 27 Anm. 4

2) BGH, NJW 1972, 1318

Vergütungsansprüche, Aufwendungsersatzansprüche, Schadensersatzansprüche) sowie Streitfälle über die Kündigung des Anstellungsvertrages (1) aus dem Kreis der von § 43 WEG erfaßten Auseinandersetzungen aus und wies ihre Entscheidung dem Zivilprozeßrichter zu (2). Diese Ansicht beruht auf der allgemein vorgenommenen Unterscheidung zwischen den konstitutiven Akten der Bestellung und Abberufung des Verwalters, den die Wohnungseigentümer nach § 26 Abs. 1 WEG beschließen und dem schuldrechtlichen Anstellungsverhältnis, das die gegenseitigen Beziehungen zwischen Wohnungseigentümern und Verwalter im einzelnen regelt.

Soweit eine Begründung für diese Verfahrenstrennung überhaupt gegeben wird (3), verweist man auf den Wortlaut des § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG; es handele sich bei Auseinandersetzungen über Rechte und Pflichten aus dem Verwaltervertrag nicht um solche bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (4).

-
- 1) Im Gegensatz zu Streitigkeiten über die Wirksamkeit der Abberufung des Verwalters; Diester, Rechtspfleger 1970, 55; BayOblG, NJW 1958, 1824
 - 2) BayOblG, Rechtspfleger 1970, 65 ff; OLG Hamm, Rechtspfleger 1970, 400 ff; BayOblG 1958, 324 = NJW 1958, 1824; LG Berlin, JR 1962, 221; a.A. LG München, Rechtspfleger 1970, 64; Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 8 a; Soergel-Baur, § 43 Bem. 5; Palandt-Degenhart, BGB § 43 Anm. 1 b; Bärmann, Großkommentar, § 43 Bem. I = S. 845, mit der Einschränkung, daß Schadensersatzansprüche aus dem Verwaltervertrag auch unter § 43 I 2 WEG fallen können.
 - 3) Sie fehlt z. B. bei Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 8, 8 a
 - 4) Bärmann, Großkommentar, § 43 Bem. I = S. 845; Diester, WEG § 43 Anm. 6; Pritsch, BGB-RGRK § 43 Anm. 4; BayOblGZ, Rechtspfleger 1970, 65

Dieser rein begriffsjuristischen, am Wortlaut des § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG haftenden Abgrenzung zwischen Rechte und Pflichten des Verwalters bei der Verwaltung und aus dem Anstellungsvertrag ist der BGH (1) nunmehr entgegengetreten. Nach seiner Ansicht hängt die Anwendung des § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG nicht davon ab, ob die Rechte und im Streit befindlichen Pflichten des Verwalters aus dem WEG oder aus dem Verwaltervertrag herzuleiten seien. Entscheidend sei vielmehr, ob ein innerer Zusammenhang bestehe zwischen den umstrittenen Rechten und Pflichten und der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums, die dem Verwalter übertragen ist. Dieser Auffassung kann im Ergebnis zugestimmt werden, die allgemein gehaltene Begründung des BGH bedarf jedoch der Überprüfung und Ergänzung.

2. Lösungsvorschlag

Die vor dem Urteil des BGH zu § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG allgemein vertretene Meinung ist von der juristischen Konstruktion der Verwalterbestellung beeinflusst (2). Danach soll die Rechtsstellung des Verwalters in Rechte und Pflichten kraft konstitutiven Bestellungsaktes (sogenanntes "Außenverhältnis") und solche aufgrund schuldrechtlichen Verwaltervertrages gespalten sein. Während die organisationsrechtliche Bestellung Rechte und Pflichten des Verwalters nach § 27 Abs. 1, 2 WEG entstehen lasse, begründe das obligatorische Anstellungsverhältnis die weiteren Rechte und Pflichten, die für das Innenverhältnis zwischen Wohnungseigentümern und Verwalter verbindlich seien.

1) BGH, NJW 1972, 1318

2) BayObLG, NJW 1958, 1824; BayObLG, Rechtspfleger 1970, 65; Pritsch, BGB-RGRK, § 26 Anm. 3 und 6; Soergel-Baur, § 26 Bem. 4

Zur Rechtfertigung dieser Aufspaltung, die dem WEG unmittelbar nicht zu entnehmen ist, berief man sich (1) u. a. darauf, sie erleichtere die Anwendung des § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG deshalb, weil der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit lediglich über die - gesetzlich festgelegten (§ 27 Abs. 1, 2 WEG) - Rechte und Pflichten aufgrund der Bestellung, der Zivilprozeßrichter dagegen über Abschluß, Kündigung und Rechtsfolgen des schuldrechtlichen Anstellungsverhältnisses zu befinden habe.

Auch der BGH (2) lehnt diese Trennung der Rechtsstellung des Verwalters nicht ab, da er die Aufgaben und Rechte nach § 27 WEG, die "der von der Wohnungseigentümergeinschaft mit dem Verwalter geschlossene Vertrag umfaßt", "zugleich als solche aus dem Verwaltervertrag ansieht". Das Gericht tritt lediglich den Konsequenzen, die daraus für die Anwendung des § 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG gezogen werden, entgegen.

Auch in anderen Rechtsgebieten hat sich die mit der Rechtsstellung des Verwalters verbundene Problematik gestellt und ausführliche Behandlung gefunden. So wurde lange Zeit im Aktienrecht (3), im GmbH-Recht (4) und Vereinsrecht (5) über die rechtliche Stellung

-
- 1) Weitnauer-Wirths, § 26 Rdn. 5 b, c im Anschluß an BayOblG, NJW 1958, 1824
 - 2) BGH, NJW 1972, 1318 (1319)
 - 3) Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 4. Aufl., § 84 Anm. 3; Schmidt in Großkommentar zum AktG, § 75 Anm. 1; Mertens in Kölner Kommentar zum AktRecht, § 84 Anm. 3 m.w.N.
 - 4) Schilling in Hachenburg, GmbHG § 35, Anm. 40; BGH, NJW 1951, 861
 - 5) Soergel-Schultze-von Lasaulx, BGB, § 27 Bem. 10

von Organmitgliedern juristischer Personen des Privatrechts unter den Stichwörtern "Einheitstheorie" und "Trennungstheorie" gestritten (1). Kern der Auseinandersetzung war die Frage, ob bei Organmitgliedern (z. B. Vorstand der AG) zwischen dem organisationsrechtlichen Bestellungs- oder Abberufungsakt und dem Anstellungsvertrag zu unterscheiden ist (2) oder ob es sich um ein einheitliches, zweiseitiges Rechtsgeschäft handelt (3). Allgemein gilt der Streit auch ohne Klärung der rechtsdogmatischen Hintergründe durch die Fassung des § 84 Abs. 1 Aktiengesetz, in dem bewußt zwischen Bestellung des Vorstandsmitgliedes und seiner Anstellung unterschieden wird, zugunsten der Trennungstheorie als entschieden (4). Allerdings verkennen auch die Vertreter der Trennungstheorie nicht, daß zwischen Bestellung (bzw. Abberufung) und Anstellung (bzw. Beendigung des Dienstverhältnisses) ein enger Zusammenhang, eine "gegenseitige Beeinflussung" (5), eine "enge Aufeinanderbezogenheit" (6) besteht; es handele sich nur um zwei verschiedene

-
- 1) Das Problem wird allgemein behandelt von Hueck: Die Rechtsstellung der Mitglieder von Organen der juristischen Personen, in DB 1954, 274 f
 - 2) So die h. L.: Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 84 Anm. 2 und 3 m.w.N.; Fleck in Sonderbeilage 3/1968 zu BB mit ausführlicher Darstellung der höchstrichterlichen Rechtsprechung.
 - 3) Schilling in Hachenburg, GmbHG, § 35 Anm. 40; Godin-Wilhelmi, AktG, 2. Aufl., § 75 Anm. 2; Godin, ZAKDR 1938, 596; Ritter, AktG, § 75 Anm. 2 a
 - 4) Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 84 Anm. 2
 - 5) Hueck, DB 1954, 274 f
 - 6) Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 84 Anm. 2

rechtliche Seiten eines wirtschaftlichen und sozialen Vorgangs (1); häufig seien Bestellung und Anstellung in einem einzigen Rechtsakt enthalten (2).

Die Rechtsstellung des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft ist der des Vorstandes einer Aktiengesellschaft ähnlich. Beide sind befugt, die Personenvereinigung zu vertreten. Beide sind verpflichtet, gewisse Interessen der Personenvereinigung wahrzunehmen. Gleichwohl ist im Bereich des WEG der Hinweis auf die Gesetzesfassung als Argument für die Trennungstheorie (3) unbrauchbar. § 26 Abs. 1 WEG, der die Bestellung und Abberufung des Verwalters regelt, unterscheidet nicht zwischen der körperschaftlichen Bestellung und dem Anstellungsvertrag. Steht der Wortlaut des Gesetzes somit der Möglichkeit nicht entgegen, die rechtswirksame Verwalterbestellung als einheitliches Rechtsgeschäft anzusehen, das schuldrechtliche Rechtsbeziehungen begründet, so stellt sich notwendig die Frage, ob aus anderen Gründen die Trennung geboten ist.

Eine Aufspaltung kann nicht dem Umstand entnommen werden, daß die Bestellung lediglich eine "Ermächtigung zum Abschluß eines Anstellungsvertrages" (4)

1) Schmidt in Großkommentar zum AktG, § 75 Anm. 1

2) Schmidt in Großkommentar zum AktG, § 75 Anm. 1

3) Sonstige Begründungen sind in den Entscheidungen und der Literatur zu dieser Frage nicht ersichtlich. Neben den oben erwähnten Fundstellen vgl. noch BGH, NJW 1951, 881

4) Bärmann, Großkommentar, § 26 Bem. II = S. 626

bedeute. Bärmann, der diese Feststellung getroffen hat, räumt nämlich in diesem Zusammenhang ein, daß die Verwalterbestellung rechtswirksam erst mit der Annahme des in dem Bestellungsakt enthaltenen Angebotes erfolgt sei, also ein Vertragsverhältnis vorliege (1). Selbst wenn man dieser Auffassung zur Rechtsnatur der Bestellung nicht folgt, sondern in der Bestellung einen einseitigen Körperschaftsrechtlichen Organisationsakt sieht (2), muß man jedenfalls die zumindest stillschweigende oder konkludente Zustimmung des bestellten Verwalters verlangen (3). Das Amt des Verwalters bringt nämlich für das betroffene Rechtssubjekt kraft gesetzlicher Regelung (§ 27 Abs. 1 und Abs. 2 WEG) erhebliche Aufgaben mit sich, die durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer nicht eingeschränkt werden können (§ 27 Abs. 3 WEG). Mit solchen Verantwortlichkeiten kann eine Person ohne ihr Zutun nicht belastet werden. Vielmehr bedarf die wirksame Übertragung derartiger Pflichten der Zustimmung des Verwalters (4). Ist somit zur wirksamen Verwalterbestellung neben der Willenserklärung der Wohnungseigentümer eine entsprechende Erklärung der als Verwalter vorgesehenen Person erforderlich, so ist nicht ersichtlich, welche Unterschiede zwischen die-

1) Bärmann, Großkommentar, § 26 Bem. II = S. 626

2) Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 34 Anm. 3 m.w.N. zur Bestellung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft. Es ist nicht ersichtlich, wie diese Meinung in die Rechtsgeschäftslehre eingefügt werden kann. Mertens erklärt auch den Unterschied zwischen einem Vertrag und dem Bestellungsakt, der erst mit Zustimmung wirksam wird, nicht.

3) So auch Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 89 Anm. 3

4) Für das WEG besteht insoweit Übereinstimmung; vgl. Weitnauer-Wirths, § 26 Rdn. 3

sem Rechtsgeschäft und einem Vertrag bestehen sollen, wenn man im Rahmen der bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäftslehre bleiben will.

Sieht man aber in der Verwalterbestellung einen Vertrag, so erscheint die - auch jetzt begrifflich noch mögliche - Trennung zwischen den Rechtsgeschäften "Bestellung" und "Anstellungsverhältnis" unnötig und gekünstelt. Dies gilt umso mehr, als das Gesetz selbst in § 27 Abs. 1 und Abs. 2 WEG den wesentlichen Inhalt des zwischen Verwalter und Wohnungseigentümern mit der Amtsannahme entstandenen Rechtsverhältnisses regelt. Unmittelbare und unabdingbare Folgen der Bestellung ist nämlich die Begründung der in § 27 Abs. 1 und Abs. 2 WEG aufgeführten Aufgaben und Befugnisse.

Gegen die Annahme eines einheitlichen Bestellungsverhältnisses kann entsprechend einem von Gegnern der Einheitstheorie im Gesellschaftsrecht (1) vorgebrachten Argument nicht eingewendet werden, bestimmte Pflichten und Rechte des Verwalters (vor allem dessen Vergütungsansprüche) könnten allein aufgrund des Bestellungsverhältnisses mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung noch nicht entstanden sein. Das Wohnungseigentumsgesetz bestimmt lediglich den Mindestinhalt des Schuldverhältnisses und überläßt es der Parteivereinbarung, darüber hinausgehende Bestimmungen zu treffen. So ist es möglich, Vergütungsansprüche des Verwalters, die jedoch nicht notwendig zum Inhalt eines Verwalterver-

1) Vgl. die bei obigen Fußnoten genannten Fundstellen.

trages gehören (1), zu begründen. Allgemein läßt man einen Umkehrschluß aus § 27 Abs. 3 WEG mit der Folge zu, daß die Befugnisse und Aufgaben des Verwalters erweitert werden können (2).

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß im Bereich des Wohnungseigentums Rechte und Pflichten des Verwalters auf einem einheitlichen Rechtsgeschäft, dem Verwaltervertrag, beruhen. Der Inhalt dieses Vertrages ergibt sich teilweise aus dem Gesetz (§ 27 Abs. 1 und Abs. 2 WEG), teils aus den rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen der Parteien (z. B. der Vergütungsanspruch). Die Bestellungserklärung der Wohnungseigentümer ist das Angebot zum Abschluß des Vertrages, das von dem ausgewählten Verwalter angenommen werden muß. Zu dem Inhalt des Vertrages gehört die Erteilung der Vertretungsmacht an den Verwalter, die rechtsdogmatisch scharf von dem übrigen Vertragsinhalt zu trennen ist.

Die hier vertretene einheitliche Betrachtungsweise wird durch Erwägungen bestätigt, die sich im Zusammenhang mit der Abberufung des Verwalters ergeben. Konsequent trennt auch hier die allgemein vertretene Auffassung (3) zwischen Abberufungsakt, d. h. Beendigung der Verwalterstellung und Beendigung des schuld-

-
- 1) Davon geht auch die Entscheidung des BayObLG, NJW 1958, 1824, aus, welche die Trennung von Bestellung und Anstellungsvertrag besonders eingehend darlegt.
 - 2) Einhellige Meinung; vgl. Weitnauer-Wirths, § 27 Rdn. 14; BayObLG, NJW 1971, 760 (761)
 - 3) Weitnauer-Wirths, § 26 Rdn. 5 b, c und § 43 Rdn. 8 b - d; BayObLG, NJW 1958, 1824; OLG Schleswig, NJW 1961, 1870; BayObLG, MDR 1965, 483 = Rechtspfleger 1965, 224 (mit zustimmender Anmerkung von Diester).

rechtlichen Vertragsverhältnisses. Dies führt zu der weiteren Folge, daß ein Streit über die Wirksamkeit der Abberufung im Verfahren nach § 43 WEG, ein solcher über die Wirksamkeit der Kündigung im Zivilprozeßverfahren zu entscheiden ist (1). Demgemäß kann die herrschende Meinung nicht ausschließen, daß die Abberufung des Verwalters wirksam erfolgt ist und damit dem Verwalter die wichtigsten Rechte und Pflichten (§ 27 Abs. 1 und Abs. 2 WEG) entzogen sind (2), während das schuldrechtliche Rechtsverhältnis noch besteht. Man vermag für diesen Fall nicht zu erklären, welchen Inhalt das schuldrechtliche Rechtsverhältnis noch haben soll, wenn die Wohnungseigentümer und der Verwalter keine über § 27 WEG hinausgehende Rechte und Pflichten durch vertragliche Vereinbarung getroffen haben. In diesem Fall ist die Erkenntnis unvermeidbar, daß keine Rechtsbeziehungen mehr bestehen. Dagegen ist richtigerweise die Abberufung des Verwalters als Widerruf der erteilten Vertretungsbefugnis und - je nach dem Inhalt des Verwaltervertrages - als Widerruf des Auftragsverhältnisses (§ 671 Abs. 1 BGB) oder als Zurückweisung der Dienste des Verwalters anzusehen.

Die im Zusammenhang mit der Abberufung vorgeschlagene verfahrensrechtliche Trennung erscheint auch aus folgendem Grund bedenklich. Fassen die Wohnungseigentümer nämlich einen Beschluß des Inhalts, daß ein bestimmtes Verhalten des Verwalters ein wichtiger Grund zur Kündigung sei, so hat der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach §§ 23 Abs. 4, 3 Abs. 1

1) Weitnauer-Wirths, § 26 Rdn. 5 c

2) BayOblG, NJW 1958, 1824

Nr. 4 WEG über die Rechtmäßigkeit des Beschlusses zu entscheiden. Die Wohnungseigentümer können also durch entsprechende Beschlußfassung die Kompetenz des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit erreichen.

Die lebensfremd und gekünstelt wirkende Konstruktion der Trennung zwischen konstitutivem Bestellungsakt und den in Ausführung dieses Aktes begründeten schuldrechtlichen Beziehungen wird auch deutlich im Falle der richterlichen Verwalterbestellung nach § 26 Abs. 2 WEG. Hier wird allgemein anerkannt (1), daß der richterlich berufene Verwalter die gleiche Rechtsstellung hat wie der von den Wohnungseigentümern Bestellte. Auch ohne entsprechende Vereinbarung soll der richterlich berufene Verwalter die Rechte und Pflichten aus § 27 WEG sowie einen Vergütungsanspruch haben (2). Daraus ist zu schließen, daß auch nach Auffassung der Vertreter der Trennungstheorie ein obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem Verwalter und den Wohnungseigentümern unmittelbar kraft richterlicher Bestellung des Verwalters in Verbindung mit der Amtsannahme seitens des Bestellten entsteht. Ansonsten wäre eine Rechtsgrundlage für den Vergütungsanspruch (z. B. § 612 Abs. 1 BGB) nicht ersichtlich. In Anbetracht der Feststellung, daß der gerichtliche Bestellungsbeschluß den Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümer ersetzt (3) sowie im Hinblick auf die rechtlich völlig identische Wirkung von richterlicher

1) Weitnauer-Wirths, § 26 Rdn. 4 b; Bärmann, § 26 Bem. II = S. 629; OLG Hamm, OLG 1967, 109

2) Soergel-Baur, § 26 Bem. 3; Weitnauer-Wirths, § 26 Rdn. 4; Staudinger-Ring, § 26 Anm. 6; Bärmann, § 26 Bem. III = S. 632, Weitnauer-Wirths, 3. Aufl., § 26 Rdn. 4 b, leitet den Vergütungsanspruch aus § 612 BGB ab.

3) Bärmann, § 26 Bem. II = S. 630

Verfügung und Mehrheitsbeschluß (1) wirkt diese von der herrschenden Lehre bei richterlicher Ernennung des Verwalters vertretene Einheitlichkeit der Entstehung inkonsequent.

Neben diesen Erwägungen spricht noch folgendes dagegen, organisationsrechtlichen Bestellungsakt und Anstellungsverhältnis, das zwischen Wohnungseigentümern und Verwalter schuldrechtliche Beziehungen begründet, als verschiedene Rechtsgeschäfte anzusehen, die sich nicht gegenseitig bedingen. Obwohl die Vertreter dieser Trennung sich fortwährend auf die mit §§ 43 ff WEG verfolgten Zwecke zur Begründung ihrer Auffassung berufen (2), führt diese Ansicht gerade nicht dazu, daß Streitigkeiten zwischen Wohnungseigentümer und Verwalter rasch entschieden und ein störungsfreies Gemeinschaftsverhältnis wiederhergestellt wird. Vielmehr zeigen die bisher bekannt gewordenen Entscheidungen, daß die herrschende Auffassung zu lang dauernden Streitigkeiten über den zuständigen Verfahrensweg führt und damit entgegen der Zielsetzung des § 43 WEG einer auf lange Zeit reibungslos und ungestört ablaufenden Verwaltung im Wege steht.

So hat z. B. das OLG Hamburg (3) als letzte Instanz entgegen den vorinstanzlichen Gerichten die Verfahrenszuständigkeit der streitigen Gerichtsbarkeit für Ansprüche der Wohnungseigentümer gegen den Verwalter verneint und die Sache an das Amtsgericht als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgegeben.

1) Weitnauer-Wirths, § 26 Rdn. 4 b

2) LG München, Rechtspfleger 1970, 69; BayOblG, Rechtspfleger 1970, 65; Diester, Rechtspfleger 1970, 55 ff

3) OLG Hamburg, NJW 1963, 818 f

Ähnlich hat das Landgericht München (1) entgegen dem Amtsgericht München den Rechtsstreit der freiwilligen Gerichtsbarkeit für zuständig gehalten, über die Verpflichtungen des Verwalters zur Rechnungslegung und zur Auskunftserteilung zu befinden.

Das Bayerische Oberste Landgericht (2) hielt den Verfahrensweg der freiwilligen Gerichtsbarkeit für eröffnet, um Ansprüche auf Herausgabe der Rechnungsunterlagen gegen den - abberufenen - Verwalter geltend zu machen.

Keiner der genannten Entscheidungen ist ein sicheres und praktikables Kriterium zur Abgrenzung von Aufgaben des Verwalters kraft der Bestellung und der Pflichten aus dem Anstellungsvertrag zu entnehmen. Das ist deshalb nicht überraschend, weil ein solches Kriterium entsprechend der hier vertretenen Meinung überhaupt nicht besteht. Die begriffliche Trennung zwischen Bestellung und Anstellung (bzw. Abberufung und Kündigung) des Anstellungsverhältnisses in zwei verschiedene Rechtsakte stellt vielmehr eine unnatürliche Aufspaltung eines wirtschaftlichen (3), sozial und rechtlich einheitlichen Vorgangs dar, die entgegen der mit § 43 WEG verbundenen Zielsetzung eine schnelle Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Verwalter und Wohnungseigentümern im vereinfachten Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verhindert

1) LG München, Rechtspfleger 1970, 69

2) BayOblG, Rechtspfleger 1970, 65

3) Die wirtschaftliche und soziale Einheitlichkeit wird selbst von Anhängern der Trennungstheorie anerkannt; so z. B. Hueck: Die Rechtsstellung der Mitglieder von Organen der jur. Personen in: DB 1954, 274 ff

und häufig Ursache für einen über mehrere Instanzen sich hinziehenden Zuständigkeitsstreit ist. Die oben erwähnten Entscheidungen machen deutlich, daß die bislang herrschende Lehre eine erhebliche Rechtsunsicherheit bei der Bestimmung des richtigen Verfahrens zur Folge hat, die mit der Zwecksetzung des § 45 WEG unvereinbar ist. So obliegen Verpflichtungen zur Rechnungslegung, Auskunftserteilung oder Herausgabe von Unterlagen beispielsweise dem Verwalter nicht aus § 27 WEG, sondern aus dem Anstellungsvertrag, der in der Regel ein Geschäftsbesorgungsvertrag (1) ist (§§ 675, 666, 667 BGB). Abgesehen von diesen gesetzlichen Regelungen ist eine allgemeine, aus § 242 BGB hergeleitete Pflicht zur Auskunftserteilung und Rechenschaftslegung für denjenigen anerkannt, der fremde Angelegenheiten zu besorgen hat (2). Kann man aber wesentliche Pflichten des Verwalters sowohl aus der körperschaftsrechtlichen Amtsannahme wie aus dem Anstellungsverhältnis ableiten, so wird eine Festlegung des Verfahrens, die auf einer angeblichen deutlichen Differenzierung der beiden Rechtsverhältnisse und den aus ihnen herrührenden Pflichten beruht, zum unvorhersehbaren Zufall Überflüssige und für alle Verfahrensbeteiligte unerfreuliche Kompetenzkonflikte zwischen dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit und dem Zivilprozeßrichter sind dann notwendige Konsequenzen.

1) BayObLG, NJW 1958, 1824, Weitnauer-Wirths, § 26 Rdn. 3; Bärmann, § 26 Bem. I = S. 625. Bei unentgeltlicher Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben wäre der Verwaltervertrag als Auftragsverhältnis zu qualifizieren.

2) Soergel-Siebert-Knopp, § 242 Anm. 137 m.w.N.

3. Ergebnis

Im Gegensatz zu der Trennungstheorie vermeidet die hier vertretene einheitliche Betrachtungsweise Unsicherheiten in der Verfahrensbestimmung. Geht man nämlich davon aus, daß zwischen Verwalter und Wohnungseigentümern ein einheitliches Rechtsverhältnis besteht, so sind alle Streitigkeiten über Rechte und Pflichten des Verwalters bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit auszutragen. Dazu gehören Streitigkeiten über die Bestellung und Abberufung ebenso wie solche über Aufwendungsersatz-, Vergütungs- oder Schadensersatzansprüche des Verwalters bzw. der Wohnungseigentümer gegen den Verwalter wegen bestimmter Vertragsverletzungen.

Die Schadensersatzansprüche, die der BGH (1) nunmehr in das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwiesen hat, sind lediglich Sekundäransprüche, die verfahrensrechtlich nicht anders als die primären Erfüllungsansprüche zu behandeln sind. Ebenso sind Aufwendungsersatzansprüche, Ansprüche auf Herausgabe von Buchungsunterlagen oder Auskunftsansprüche auf die Verwaltung des gemeinsamen Eigentums bezogen und demnach im Verfahren nach § 43 Abs. 1 WEG geltend zu machen.

Streitfälle über die wirksame Begründung oder Beendigung des Verwaltervertrages werden regelmäßig nur im Rahmen eines Streites über Rechte und Pflichten des Verwalters bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen

1) BGH, NJW 1972, 1518 ff

Eigentums sich ergeben, was schon für eine Kompetenz des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit spricht. Es ist nämlich kein sachbezogener Grund dafür ersichtlich, Auseinandersetzungen über einzelne Rechte und Pflichten des Verwalters im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Streitigkeiten über den Verwaltervertrag als Gesamtheit der Rechte und Pflichten des Verwalters dagegen im Zivilprozeß zu klären. Vielmehr spricht der Umstand, daß in einem Verfahren über eine singulare Aufgabe oder Befugnis des Verwalters inzidenter über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des gesamten Verwaltervertrages zu entscheiden sein wird, für eine einheitliche Verfahrenszuständigkeit des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Letztlich ist auch der Vergütungsanspruch, der nicht unmittelbar die Tätigkeit des Verwalters bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums berührt, als Recht "bei der Verwaltung" anzusehen. Denn es besteht auch ein innerer Zusammenhang zwischen diesem Anspruch und der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums. Dies folgt schon daraus, daß der Verwalter die gemeinschaftlichen Gelder nach § 27 Abs. 1 Nr. 4 WEG verwaltet und aus diesen regelmäßig seine Vergütung erhält.

C Die Verfahrenszuständigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG

Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist ferner in dringenden Fällen ein Verwalter zu bestellen (§§ 43 Abs. 1 Nr. 3, 26 Abs. 2 WEG), sofern ein Wohnungseigentümer oder ein rechtlich interessierter Dritter einen entsprechenden Antrag stellen. Scheitert eine Verwalterbestellung durch Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümer (§ 26 Abs. 1 WEG), so ersetzt der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch Hoheitsakt den Willensbildungsakt der Gemeinschaft. Damit ist die Einhaltung des zwingenden gesetzlichen Gebots der Verwalterbestellung (§ 20 Abs. 2 WEG) sowie die Erfüllung nicht einschränkbarer gesetzlicher Mindestbefugnisse und Aufgaben des Verwalters (§ 27 Abs. 3 WEG) gewährleistet, soweit ein erkennbares Interesse eines Wohnungseigentümers oder eines betroffenen Dritten besteht.

Die praktische Bedeutung der gerichtlichen Verwalterbestellung ist gering (1). Lediglich das OLG Hamm und das OLG Köln (2) machen, soweit ersichtlich, Ausführungen zur rechtlichen Stellung des gerichtlich berufenen Verwalters, ohne jedoch Probleme des Verfahrens der Verwalterbestellung zu erörtern. Dies ist darauf zurückzuführen, daß ein Bedürfnis nach richterlicher Ersatzbestellung praktisch selten auftreten wird. In der Regel werden sich die Gemeinschaftler in ihrer Mehrheit auf die Person eines Verwalters einigen. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, kann der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur in Ausnahmefällen, etwa wenn so-

1) OLG Hamm, OLGE 1967, 109

2) OLG Köln, OLGZ 1969, 389

fortiges Handeln eines Verwalters zur Schadensabwendung erforderlich ist oder eine bestimmte Handlung nur sofort vorgenommen werden kann, auf Antrag tätig werden. Seiner rechtlichen Stellung nach unterscheidet sich der gerichtlich bestellte Verwalter nicht von dem, den die Wohnungseigentümer bestellt haben (1).

Die Verfahrenszuständigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG

I. Unstreitige Fälle

Schließlich hat der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit noch über die Gültigkeit von Beschlüssen der Wohnungseigentümer zu entscheiden (§ 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG). Diese bestimmen in Versammlungen über sämtliche Angelegenheiten, die im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und der getroffenen Vereinbarungen von ihnen zu entscheiden sind (§ 23 Abs. 1 WEG). Gefaßte Beschlüsse sind nur ungültig, wenn sie auf Antrag eines Wohnungseigentümers oder des Verwalters von dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit für ungültig erklärt worden sind (§§ 43 Abs. 1 Nr. 4, 23 Abs. 4 Nr. 1 WEG).

Die im Hinblick auf den Wortlaut des § 23 Abs. 4 WEG zunächst zweifelhafte Frage, ob das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch die positive Feststellung der Gültigkeit gefaßter Beschlüsse treffen könne, ist von der Rechtsprechung (2) dahin geklärt, daß eine positive Feststellung im Verfahren nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG nicht ausgeschlossen ist. Zur Begrün-

1) OLG Hamm, OLGE 1967, 109; Weitnauer-Wirths, § 26 Rdn. 4 b

2) OLG Celle, NJW 1958, 307

dung wird darauf hingewiesen, daß positiv auch die Gültigkeit eines Beschlusses festgestellt werden könne, wenn außerhalb des § 23 Abs. 4 die Nichtigkeit eines Beschlusses wegen Verstosses gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot im Rahmen des § 43 Abs. 1 Nr. 4 geltend gemacht werde. Dieser Auffassung ist zuzustimmen.

Im Interesse einer schnellen Bereinigung auftauchender Streitigkeiten bestimmt § 23 Abs. 4 Nr. 2 WEG, daß ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung über die Gültigkeit eines Beschlusses nur binnen eines Monats seit der Beschlußfassung gestellt werden kann, sofern die Verletzung verzichtbarer Rechtsvorschriften des WEG durch die Beschlußfassung gerügt werden soll. Dagegen braucht die Monatsfrist des § 23 Abs. 4 Nr. 2 nicht eingehalten zu werden, wenn nach dem Vorbringen des Antragstellers der Beschluß eine unverzichtbare Rechtsvorschrift verletzt.

Das angerufene Gericht hat die formelle und materielle Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses zu überprüfen. Insbesondere hat es darauf zu achten, ob der angegriffene Beschluß ordnungsgemäß zustande gekommen ist (1) und das Gesetz, die Gemeinschaftsordnung, eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer sowie die Grundsätze der ordnungsgemäßen Verwaltung nicht verletzt wurden.

Den Beschlüssen kommt in der Praxis erhebliche Bedeutung zu. Durch sie werden die inneren Verhältnisse der Wohnungseigentümergeinschaft bindend für alle,

1) OLG Hamm, Rechtspfleger 1970, 400 (401);
Weitnauer-Wirths, § 23 Rdn. 7

d. h. in der Regel auch für die nicht an der Abstimmung beteiligten Mitglieder geregelt. Gestaltet werden also durch Beschlüsse nicht allein die Beziehungen der an der Beschlußfassung beteiligten Personen zueinander, sondern der gesamte, den Wohnungseigentümern gemeinsame Rechtskreis (1).

Aufgrund der in § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG enthaltenen Kompetenz des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Überprüfung von Beschlüssen der Wohnungseigentümer haben sich einige Streitfragen ergeben.

Der überwiegende Teil dieser Fragen ist geklärt und bedarf keiner Erörterung mehr. So umfaßt die richterliche Prüfungskompetenz beispielsweise nach einheitlicher Ansicht neben der formellen auch die materielle, inhaltliche Gültigkeit eines Beschlusses (2); auch ist der Richter trotz der Fassung des § 23 Abs. 4 WEG nicht darauf beschränkt, negativ die Ungültigkeit auszusprechen, sondern vermag auch positiv die Gültigkeit von Beschlüssen festzustellen (3). Maßstäbe für die inhaltliche Prüfung der Beschlüsse sind nicht nur das WEG selbst (4), sondern auch die

-
- 1) von Tuhr, BGB, § 53 IV = S. 232 ff; Larenz, Allgemeiner Teil, S. 322
 - 2) OLG Hamm, Rechtspfleger 1970, 400 ff; BayObLG, NJW 1958, 1824; Habscheid, Lehrbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, S. 262; Weitnauer-Wirths, § 23 Rdn. 7
 - 3) OLG Celle, NJW 1958, 307; KG, WM 1967, 1229 (1230); Palandt-Degenhart, BGB, § 43 WEG Anm. 1 d; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 267; a.A. für den Beschluß, ein Verfahren nach § 18 WEG einzuleiten, ist Pritsch, BGB-RGRK, § 43 Anm. 7; Diester, WEG § 43 Anm. 8, § 18 Anm. 9
 - 4) So aber noch Diester, WEG, § 23 Anm. 6; Friese, NJW 1951, 516

Gemeinschaftsordnung, Vereinbarungen der Wohnungseigentümer sowie die Grundsätze der ordnungsmäßigen Verwaltung (1).

II. Richterliche Eingriffe in Beschlüsse

Zu den umstrittenen Fragen innerhalb des § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG gehört dagegen heute noch das Problem, inwieweit der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit Beschlüsse der Wohnungseigentümer ändern, richtige Mehrheitsbeschlüsse aufheben und durch eigene Entscheidungen mit verbindlicher Wirkung ersetzen kann. Gegenstand der Auseinandersetzung ist somit der Umfang des richterlichen Gestaltungsrechts.

In der Praxis wird diese Frage regelmäßig bei Mehrheitsbeschlüssen über die Regelung des Gebrauchs des Sondereigentums und gemeinschaftlichen Eigentums (§ 15 WEG) sowie über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 21 Abs. 3 WEG) bedeutsam.

1. Der Streitstand

In der Rechtsprechung hat sich mehrfach das OLG Hamm zu diesem Problem geäußert. Dieses Gericht hat zunächst die Bindung des FG-Richters an Beschlüsse der Wohnungseigentümer ohne nähere Begründung angenommen, sofern nicht deren Ungültigkeit gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG festgestellt wurde (2). In dem Beschluß vom 11. 8. 1970 (3)

1) OLG Hamm, Rechtspfleger 1970, 400 (401); OLG Hamm, MDR 1971, 662; BayObLG, NJW 1958, 1824; Weitnauer-Wirths, § 23 Rdn. 6

2) OLG Hamm, DNotZ 1967, 38 (39)

3) OLG Hamm, Rechtspfleger 1970, 400 (402)

wird dagegen eine Befugnis des Gerichtes zur Änderung von Beschlüssen mit der Begründung verneint, daß die richterliche Gestaltungsbefugnis in dem hier nicht einschlägigen § 44 Abs. 5, Abs. 4 WEG abschließend geregelt sei.

Differenzierter ist die Stellungnahme desselben Senates in seinem Beschluß vom 26. 2. 1971 (1). In dieser Entscheidung unterscheidet das Gericht zwischen einstimmig gefaßten Beschlüssen und Mehrheitsbeschlüssen. Bei den ersteren wird die Bindung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter Berufung auf die Vertragsfreiheit der Wohnungseigentümer auch dann bejaht, wenn dadurch unzweckmäßige Gestaltung und unbillige Folgen eintreten (2). Dies soll jedoch lediglich insoweit gelten, als die Gerichte angerufen werden. Demgegenüber soll der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Mehrheitsbeschlüssen berechtigt und verpflichtet sein, über die Aufhebung rechtswidriger Beschlüsse hinaus, Anordnungen nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG im Interesse einzelner Wohnungseigentümer zu treffen, die den Mehrheitsbeschluß ersetzen.

Im Schrifttum bejaht Bärmann (3) die Befugnis des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Abänderung von Beschlüssen, die "den berechtigten Interessen einer Minderheit und vor allem der Gemeinschaft als solcher und ihrem Bestand und ihren Funktionen nicht gerecht werden". Dagegen sind Weitnauer-Wirths (4) der Meinung, daß der Richter nicht zu

1) OLG Hamm, MDR 1971, 662

2) Auch bei Einstimmigkeit sind die nichtigen Beschlüsse ausgenommen, da die Nichtigkeit immer zu beachten ist.

3) Bärmann, Großkommentar, § 43 Bem. IV = S. 851

4) Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 12

Änderungen von Vereinbarungen und Beschlüssen befugt sei, wenn ihm diese nach billigem Ermessen angebracht erscheinen sollte. Ausnahmsweise soll eine solche richterliche Gestaltung unter den Voraussetzungen zulässig sein, unter denen die Rechtsprechung nach § 242 BGB Eingriffe des Richters in vertragliche Vereinbarungen zuläßt oder sofern die Änderung zur ordnungsgemäßen Verwaltung im Sinne von § 21 Abs. 4 WEG gehört.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die bisher vertretenen Auffassungen zu allgemein gehalten sind. Zur Lösung des Problems genügen Hinweise auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit oder die Prinzipien von Treu und Glauben nicht.

2. Eigene Ansicht

a) Rechtsnatur der Beschlüsse

Um den Umfang der richterlichen Gestaltungsmacht im Bereich des § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG festzustellen, sind die Rechtsnatur der Beschlüsse sowie die Grenzen für die Beschlußfassung zu ermitteln; denn der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit entscheidet gemäß § 43 Abs. 2 WEG nur subsidiär, "soweit sich die Regelung nicht aus dem Gesetz, einer Vereinbarung oder einem Beschluß der Wohnungseigentümer ergibt". In den Angelegenheiten, die nach dem WEG durch Beschlüsse der Wohnungseigentümer zu regeln sind (z. B. Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nach §§ 15 Abs. 2, 16 Abs. 5, 21 Abs. 1, 22 Abs. 1 und Abs. 3 WEG), ist zunächst für die Gemeinschaftsmitglieder der Beschluß maßgeblich.

Beschlüsse stellen die verbindliche, in einem geordneten Verfahren erzielte Entscheidung für das Wirken des Kollektivs dar (1). Das Gesetz sieht Beschlußfassungen allgemein dann vor, wenn einheitliche Entscheidungen für das Handeln einer Personengemeinschaft zu treffen sind. Im WEG gilt regelmäßig für die Beschlußfassung der Mehrheitsgrundsatz (2) (vgl. §§ 15, Abs. 2, 18 Abs. 3, 21 Abs. 3, 26 Abs. 1, 28 Abs. 5, 29 Abs. 1 WEG). Das bedeutet, daß für sämtliche Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft ohne besonderen, außerhalb der bloßen Zugehörigkeit zur Gemeinschaft liegenden Zurechnungsgrund eine Bindung an Rechtshandlungen und Aktionen eintreten kann, die nur auf einen Teil der Gemeinschaft als Urheber zurückzuführen sind. Es ist für diese Mehrheitsbeschlüsse nämlich kennzeichnend, daß zur Annahme eines gestellten Antrags die Zustimmung lediglich eines größeren, nach gewissen Regeln zu ermittelnden Teiles der Organmitglieder ausreicht, während die gleichzeitige Ablehnung durch die Minderheit die rechtliche Qualität des Beschlusses unbeeinflusst läßt. Die Stellungnahme der Mehrheit wird also trotz ausdrücklich erklärten Widerspruchs mehrerer Mitglieder der Personengemeinschaft als Entscheidung der Gemeinschaft betrachtet. Dieser Grundsatz als einer der möglichen Gestaltungen des Abstimmungs-

1) Allgemein zu dem Rechtsbegriff "Beschluß" und seiner juristischen Bedeutung äußert sich Baltzer: Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organchaftlicher Funktion im Privatrecht.

2) Bärmann, § 21 Bem. I 3 = S. 539, § 21 Bem. II = S. 546, § 25 Bem. I, II = S. 606 f.
Das an sich für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums durch § 21 I WEG festgelegte Einstimmigkeitsprinzip ist in Anbetracht von § 21 III WEG die Ausnahme.

prinzips (1) kann bei der Wohnungseigentümergeinschaft als Sonderfall der schlichten Rechtsgemeinschaft nicht damit gerechtfertigt werden, daß die Entscheidungen der Mehrheit als ein Wirken im Namen einer von den Mitgliedern der Mehrheit abstrakten Einheit, einer juristischen Person, verstanden werden könne. Denn die Wohnungseigentümergeinschaft ist keine juristische Person. Das Gesetz hat ihr keine Rechtsfähigkeit verliehen. Vielmehr hat der Gedanke, daß alle Stimmen der Gemeinschaftsmitglieder gleich zu bewerten sind in Verbindung mit Praktikabilitäts-erwägungen dazu geführt, Mehrheitsentscheidungen als rechtsverbindlich für alle Mitglieder anzusehen. Das aufgrund der Gleichbewertung aller Stimmen an sich gebotene Einstimmigkeitsprinzip würde zumal bei größeren Personengemeinschaften die Entscheidungsfähigkeit des Kollektivs lahmlegen, da erfahrungsgemäß mit dem Widerspruch eines oder mehrerer Mitglieder immer zu rechnen ist. Das Bedürfnis, die Handlungsfähigkeit zu erhalten, zwingt daher dazu, Entscheidungen der Mehrheit unter einer Gruppe gleichberechtigter Mitglieder als rechtsverbindlich für die Personengemeinschaft anzuerkennen.

b) Grenzen der Beschlußfassung

Mit diesem Grundsatz ist notwendig die Gefahr verbunden, daß die Mehrheit ihre Macht zur Verfolgung sachfremder Zielsetzungen mißbraucht oder bei lediglich aus zwei Personen bestehenden Gemeinschaften

1) Das Mehrheitsprinzip ist für die korporativen Personenvereinigungen herrschend, während bei den Personengesellschaften überwiegend das Einstimmigkeitsprinzip gilt; Soergel-Schultze von Lasaulx, § 32 Anm. 29

einer der beiden Wohnungseigentümer durch sein Veto sachgerechte Entscheidungen vereitelt. Dieses Risiko ist bei Geltung des Mehrheitsgrundsatzes größer als bei dem Einstimmigkeitsprinzip, da es ausreicht, wenn nur ein Teil der Mitglieder sachwidrige Zwecksetzungen anstrebt. Der bei der Abstimmung unterlegenen Minderheit droht, daß eine egoistische Mehrheit unter Mißachtung der gemeinsamen Interessen eigensüchtige Zwecke erstrebt und dadurch die Interessen der Überstimmten erheblich schädigt (1). Da gemäß § 10 Abs. 3 WEG auch Mehrheitsbeschlüsse der Wohnungseigentümer ohne Eintragung im Grundbuch gegenüber Sondernachfolgern eines Wohnungseigentümers wirken, sind die mit dem Mehrheitsgrundsatz verbundenen Mißbrauchsverfahren im Bereich des Wohnungseigentumsgesetzes besonders bedeutsam.

c) Richterliche Korrektur bei Mißbrauch des Mehrheitsprinzips

Das Gesetz gleicht diese Gefahr schikanöser, die Minderheit beeinträchtigender Mehrheitsbeschlüsse dadurch aus, daß es dem einzelnen Wohnungseigentümer einen Individualanspruch gegen die anderen Wohnungseigentümer (bzw. gegen den Verwalter) (2) einräumt. Inhalt des Anspruchs ist z. B. das Recht auf ange-

1) Vgl. als Beispielsfälle bei anderen Personengesellschaften: RGZ 132, 149 für Mehrheitsbeschlüsse von Aktionären sowie RGZ 167, 65 für Beschlüsse, in denen sich die stimmberechtigten Gesellschafter einer GmbH außergewöhnliche Gewinne im Verhalten zu den nicht stimmberechtigten Gesellschaftern zu sichern.

2) Bärmann, § 21 Bem. III 1 = S. 550

messene Gebrauchsregelung (§ 15 Abs. 3 WEG) oder ordnungsgemäße Verwaltung (§ 21 Abs. 3 WEG). Jeder Wohnungseigentümer kann einen Gebrauch der im gemeinschaftlichen oder im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile sowie eine Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums verlangen, die den Vereinbarungen, den Beschlüssen und, soweit solche nicht bestehen, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entsprechen (§§ 15 Abs. 3, 21 Abs. 3 WEG). Bei Beschlüssen, die diesen Anforderungen nicht gerecht werden, ist die Möglichkeit zur Anrufung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit in einem Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 1 WEG eröffnet, da um Rechte aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (§ 15 WEG) (1) bzw. aus der Verwaltung des gemeinsamen Eigentums (§ 21 Abs. 1 und Abs. 4 WEG) zwischen den Wohnungseigentümern gestritten wird (2). Der einzelne Wohnungseigentümer kann sich gegen mißbräuchliche Mehrheitsentscheidungen somit dadurch wehren, daß er seine Individualansprüche auf Zustimmung zu bestimmten Maßnahmen gegen die Mehrheit im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 WEG geltend macht.

d) Grenzen richterlicher Korrektur

Da um die Durchsetzung behaupteter subjektiver Privatrechte zwischen mehreren Beteiligten gestritten wird, handelt es sich um ein als Antragsverfahren gestaltetes echtes Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (3). Für diese Verfahren gelten, wie

1) Bärman, § 15 Bem. III = S. 448

2) Bärman, § 21 Bem. III = S. 551

3) S. über die Arbeit

oben näher dargelegt wurde, regelmäßig die Vorschriften des Zivilprozesses entsprechend (1). Insbesondere ist auf solche Verfahren der Rechtsgedanke der §§ 303 ZPO, 88 VwGO, 123 SGG, 96 FGO anwendbar (2). Dies bedeutet, daß die Dispositionsmaxime, die den Zivil- und Verwaltungsprozeß beherrscht, in gleicher Weise für das Antragsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt. Danach ist der Richter an die von dem Kläger bzw. Antragsteller gestellten Anträge gebunden. Wenn auch der Richter nicht an die Fassung der Anträge gehalten ist (3), so darf er doch den Beteiligten nicht aufzwingen, was diese nicht wollen.

Die Feststellung des OLG Hamm (4), das Gericht sei an einstimmig gefaßte Beschlüsse, deren Nachprüfung von keinem Antragsberechtigten verlangt werde, gebunden, sagt zur Klärung des Problems richterlicher Gestaltungsmöglichkeit im Rahmen des § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG nichts aus. Denn die Einleitung eines Verfahrens nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG setzt immer den Antrag eines Beteiligten voraus. Die im übrigen von dem Senat vertretene Auffassung, bei Mehrheitsbeschlüssen bestünde eine Abänderungsbefugnis, ist mit der Dispositionsmaxime nicht vereinbar.

Als vorläufiges Ergebnis ist festzuhalten, daß die richterliche Gestaltungsmacht ihre Grenze findet an dem sachlichen Inhalt der gestellten Anträge, der durch Auslegung zu ermitteln ist.

1) §. 11 der Arbeit

2) Grunsky, S. 49, Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit S. 267; OLG Frankfurt, NJW 1961, 324 (325) hält § 303 ZPO nur für eingeschränkt anwendbar.

3) Während dies in § 88 VwGO selbst betont wird, ist es für § 303 ZPO allgemeine Meinung.

4) OLG Hamm, MDR 1971, 662

Diese Antragsbindung schließt es nicht aus, entsprechend der von §§ 21 Abs. 4, 15 Abs. 3 WEG festgelegten Rechtsfolge Entscheidungen nach billigem richterlichen Ermessen zu fordern. Allerdings sind Anträge Aufforderungen an das Gericht, eine inhaltlich bestimmte Entscheidung zu erlassen; die Partei will mit ihrer Prozeßhandlung eine bestimmte Entscheidung veranlassen. Der Antrag muß somit im allgemeinen erkennen lassen, welchen Rechtsschutz der Kläger (Antragsteller) begehrt und in welchem Umfang. Stellt das Gesetz selbst aber die begehrte Rechtsfolge in das billige Ermessen des Gerichts, genügt es dem Bestimmtheitsgrundsatz, wenn der Antragsteller einen entsprechenden Antrag stellt (1). §§ 15 Abs. 3, 21 Abs. 4 WEG legen zwar als Spezialregelungen im Verhältnis zu § 45 Abs. 2 WEG fest, welche Rechtsfolgen das angerufene Gericht anzuordnen vermag, in dem sie die Bestimmung einer Gebrauch oder Verwaltungsregelung zulassen, welche "dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer" entspricht. Gleichzeitig läßt das Gesetz aber die Möglichkeit einer billigen Ermessensentscheidung offen. Damit wird dem Richter, dem keine genau beschriebene Rechtsfolge vorgeschrieben ist, ein Spielraum zugebilligt. Diese auf der Rechtsfolgesseite enthaltene Wahlmöglichkeit ist gleichzeitig der Rahmen für die freie und eigenverantwortliche richterliche Gestaltung bei der Ersetzung von Beschlüssen der Wohnungseigentümer. Das am Interesse der Wohnungseigentümer gemeinschaftsorientierende Ermessen kennzeichnet Inhalt und Umfang der richterlichen Gestaltungsbefugnis.

1) Im Zivilprozeß kann eine entsprechende Situation dann eintreten, wenn das Gesetz die Höhe einer Forderung in das richterliche Ermessen stellt. (§§ 347, 612, 632, 653, 642 BGB)

Damit stellt sich zur abschließenden Klärung des Problems die Frage, was unter Ermessen im Sinne von §§ 21 Abs. 4, 15 Abs. 3 WEG zu verstehen ist. Zu untersuchen ist, ob das Gesetz trotz seiner unbestimmten Ausdrucksweise nur eine zutreffende richterliche Entscheidung für möglich hält oder ob nach dem Willen des Gesetzgebers mehrere Entscheidungen, zwischen denen der Richter wählen darf, möglich sein sollen.

Es würde über den Rahmen dieser Arbeit weit hinaus gehen, allgemein zu dem Begriff des richterlichen Ermessens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit Stellung zu nehmen. Unter Berufung auf die Untersuchungen Schuhmanns (1), der dieses Problem näher behandelt hat, sind folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

Der Begriff "Ermessen" in §§ 21 Abs. 4, 15 Abs. 3 WEG, wie auch bei dem allgemein für richterliche Entscheidungen im Bereich des Wohnungseigentums geltenden § 43 Abs. 2 WEG bedeutet nicht, daß dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Möglichkeit einer wahlweisen Entscheidung offenstehe, ob er die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale als durch den einzelnen Sachverhalt ausgefüllt sehen will (2). Eine Wahlbefugnis des Richters auf der Tatbestandsseite, ein Ermessen bei der Gesetzesinterpretation und bei der Subsumtion ist vielmehr aus verfassungsrechtlichen Erwägungen sowie aus Gründen, die in der

1) Schuhmann, Das Ermessen des Richters im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

2) Dieser Ansicht ist aber die bislang herrschende Lehre, die von der Möglichkeit mehrerer gleich "richtiger" richterlicher Entscheidungen ausgeht. BayOblG (1957, 315, 316); Palandt-Lauterbach, § 1837, Anm. 3; Schuhmann, S. 33 ff bringt weitere Nachweise.

Struktur des Subsumtionsaktes liegen, abzulehnen (1). Vor allem ist ein solches Wahlrecht nicht mit der Bindung des Richters an allgemeingültige und abstrakt verbindliche Anordnungen des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) vereinbar.

Wenn der Richter somit bei der Einordnung eines Sachverhaltes unter die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale nicht frei ist, stellt sich die Frage, ob ihm das Gesetz ein Recht zur Auswahl bei der Festsetzung von Rechtsfolgen gewährt, wenn es an den gestellten Tatbestand keine ganz bestimmte, ausdrücklich genannte Rechtsfolge geknüpft hat. Für einen solchen richterlichen Spielraum könnte zunächst das im Gesetzestext ausdrücklich enthaltene Wort "Ermessen" sprechen (2). Aufgrund dieser Gesetzesfassung allein steht aber noch nicht fest, ob der von einem Wohnungseigentümer angerufene Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach dem Gesetzestext nur eine Entscheidung zu fällen vermag. Da die richterlichen Befugnisse vom "Willen" des Gesetzes abhängen, ist durch Ermittlung des Normzwecks zu klären, ob mehrere konkrete richterliche Maßnahmen diesem Zweck entsprechen können. Lediglich die sprachliche Fassung des Gesetzestextes erlaubt diesen Schluß noch nicht.

Wie schon oben dargelegt wurde, ist der Zweck der §§ 15, Abs. 3, 21 Abs. 4 WEG, gemeinschaftschädigende Mehrheitsbeschlüsse im Bereich der Verwaltung und der Gebrauchsregelungen durch richter-

) Schuhmann, S. 40 ff

2) Schuhmann, S. 10 m.w.N.

lichen Eingriff auf Anrufung eines Gemeinschafters hin zu vermeiden. Von dem Richter wird im Rahmen des § 15 WEG eine Entscheidung darüber verlangt, ob ein bestimmter schon praktizierter oder erst beabsichtigter Gebrauch des gemeinschaftlichen oder des Sondereigentums der Beschaffenheit des Gebäudes, d. h. etwa dem Charakter der Lage, dem Bestimmungszweck, entspricht (1). Innerhalb des § 21 Abs. 4 WEG ist zu beurteilen, ob bestimmte Maßregeln, wie z. B. die Durchführung von Reparaturen zur Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums oder der Abschluß eines Mietvertrages über einen den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich zugeordneten Gegenstand, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entspricht. Diese Verwaltungsmaßnahmen sind dadurch gekennzeichnet, daß sie eine Geschäftsführung in bezug auf das gemeinschaftliche Eigentum darstellen oder auf eine Änderung des bestehenden Zustandes abzielen (2).

In beiden Fällen hat der Richter nicht allein einen festgestellten, in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt rechtlich zu bewerten. Vielmehr obliegt ihm auch eine Beachtung zukünftiger Entwicklung. Bei der Bestimmung ordnungsgemäßer Gebrauchsregelung oder Verwaltung sind häufig Regelungen und Anordnungen für die Zukunft zu treffen. Dies führt dazu,

1) Der Richter hat z. B. zu entscheiden, ob ein völliger Ausschluß der Tierhaltung sich im Rahmen des ordnungsgemäßen Gebrauchs hält (KG NJW 1956, 1679) oder ob das Musizieren in einem Gebäude völlig verboten werden kann (Weitnauer-Wirths, § 15 Rdn. 3).

2) Weitnauer-Wirths, § 21 Rdn. 1; Bärmann, Vorb. II zu § 20 WEG

daß anders als bei der rechtlichen Einordnung eines festliegenden Sachverhaltes gestaltende Tätigkeit des Richters verlangt wird. Zukünftige Geschehensabläufe sind nämlich ihrer Natur nach nicht mit Sicherheit berechenbar und voraussehbar (1). Das Gesetz, das die rechtliche Bewertung solcher Entwicklungen enthält, kann daher den Richter nicht durch präzise Anordnungen objektiv binden, da objektive Bewertungsmaßstäbe oder allgemein gültige Richtlinien zur Zeit der Entscheidung nicht vorliegen. Vielmehr vermag das Gesetz lediglich den Richter zu ermächtigen, mittels eigener Einsichtsfähigkeit und Verantwortung die Verhältnisse vorausezusehen. Die objektiv bestehende Unbestimmtheit der Rechtsfolge zwingt zur Einräumung einer richterlichen Auswahl. Da nicht eindeutig festgelegt werden kann, welche konkrete Maßnahme am meisten dem Gesetzeszweck entspricht, hat der Gesetzgeber bewußt dem Richter eine Entscheidungskompetenz übertragen. Der Natur der Regelung, die innerhalb von §§ 15 Abs. 5, 21 Abs. 4 WEG vorgesehen ist, entspricht ein richterliches Wahlrecht, ein Spielraum bei der Festlegung der objektiv nicht bestimmbareren Rechtsfolge. Diese schöpferische Gestaltungsmöglichkeit ist allerdings dadurch eingeschränkt, daß die Anordnung im Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer liegen muß.

Die oben festgestellte Bindung des Richters an den jeweils gestellten Antrag ist somit dadurch gekennzeichnet, daß der Antragsteller kraft der vom Gesetz zugelassenen Ermessensentscheidung nicht gehalten

1) Schuhmann, S. 3

ist, einen inhaltlich bestimmten Antrag zu stellen, sondern eine der im Interesse der Gemeinschaft entsprechende billige Ermessensentscheidung fordern kann. Präzisiert er jedoch seinen Antrag in Richtung auf ein bestimmtes Begehren, das ordnungsgemäßer Verwaltung bzw. Gebrauchsregelung entspricht, so kommt eine anders geartete auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhende richterliche Gestaltung nicht in Betracht. Der Antrag, der im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung sich hält, ist Grundlage und Grenze richterlicher Gestaltung.

3. Ergebnis

Zusammenfassend ist folgendes festzuhalten. Greift ein Wohnungseigentümer einen Beschluß der übrigen Gemeinschaft, der ihn beschwert, in einem Verfahren nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG an, so ist das Gericht befugt, über die nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG mögliche Aufhebung des Beschlusses hinaus eine eigene Entscheidung mit verbindlicher Wirkung für alle Gemeinschaftler zu fällen, soweit dies im WEG vorgesehen ist. Die richterliche Ersetzungsbefugnis setzt ein bestimmtes Begehren des Antragstellers voraus, das regelmäßig in einem besonderen Antrag zum Ausdruck kommt, der neben dem Antrag steht, den angefochtenen Beschluß aufzuheben. Verfahren nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG und Verfahren nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG sind dann in einem Verfahren verbunden. Der Richter ist bei seiner Entscheidung an den Antrag entsprechend §§ 303 ZPO, 88 VwGO gebunden. Die Bindung ist jedoch gelockert, weil das WEG eine "billige Ermessensentscheidung" und damit

einen weiten Spielraum bei der Fassung des Antrags und des Tenors der Entscheidung zuläßt. Es ist dem Richter versagt, Zweckmäßigkeitserwägungen der Gemeinschaftser, die rechtlich mangelfrei sind, zu ersetzen.

E Zusammenfassung

Zusammenfassend kann man die durch § 45 Abs. 1 WEG der Kompetenz des FGG-Richters zugewiesenen Angelegenheiten auf folgende Weise charakterisieren:

§ 45 Abs. 1 WEG betrifft im wesentlichen Konfliktsfälle im Innenverhältnis zwischen den Mitgliedern der Gemeinschaft oder zwischen Wohnungseigentümern und dem Verwalter, der als Organ der Eigentümergemeinschaft hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums mit gewissen Verwaltungs- und Vertretungsbefugnissen ausgestattet ist. Daneben ist dem Richter noch die an sich den Wohnungseigentümern obliegende Aufgabe der Verwalterbestellung, die materiell als Verwaltung zu qualifizieren ist, in gewissen Notsituationen übertragen. Streitentscheidende und verwaltende Funktionen des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit stehen somit nebeneinander. Die Fassung des § 45 Abs. 1 macht deutlich, daß das Gericht berufen ist zur Beilegung innerorganischer Auseinandersetzungen der Wohnungseigentümer untereinander sowie zur Erfüllung des gesetzlichen Gebots der Verwalterbestellung. Dritte,

außerhalb des Gemeinschaftsverhältnisses der Wohnungseigentümer stehende Rechtssubjekte sind in diese Streitfälle regelmäßig nicht einbezogen. Lediglich im Falle des Verwaltervakuums macht das Gesetz von dieser Regel eine Ausnahme, damit gewisse ausschließlich dem Verwalter vorbehaltene Befugnisse und Aufgaben (§ 27 Abs. 1 und Abs. 2 WEG) auch faktisch verwirklicht werden, soweit dies im Interesse des Dritten geboten ist.

Die mit dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verbundene richterliche Gestaltungsfreiheit, die ihren Niederschlag in § 45 Abs. 2 WEG gefunden hat, soll sich allein im Rahmen interner Angelegenheiten der Wohnungseigentümer auswirken. Nur insoweit besteht angesichts des Gemeinschaftsverhältnisses ein Bedürfnis nach einheitlicher, alle Mitglieder der Gemeinschaft bindende Entscheidung, wie sie vom Gesetz in den §§ 45 Abs. 4, 45 Abs. 2 WEG gefordert wird.

Mit dem einfacheren und schnelleren Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das frei von zu starren, formellen Bindungen richterlicher Gestaltungsmöglichkeit in größerem Umfang als das streitige Verfahren Raum lässt, ist eine versöhnlichere Regelung der Lebensbeziehungen innerhalb der Gemeinschaft bezweckt. Zur Schlichtung von Streitfällen innerhalb von Personengemeinschaften, die in der Regel aus mehr als zwei Beteiligten bestehen, eignet sich dieses beweglichere Verfahren besser, da es ohne formelle Hemmungen in einer dem Gegenstand angepassten

Weise rasch zu einer sachgerechten Entscheidung kommt. Die Zuziehung einer Mehrzahl von Beteiligten ist möglich. Die Rechtskraft der Entscheidung wirkt allgemein "inter omnes".

Die Möglichkeit einer schmiegsameren und wendigeren Verfahrensgestaltung, die mit dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verbunden ist, steigert gleichzeitig das Risiko fehlerhafter Entscheidungen und führt zu gesteigerter richterlicher Verantwortung. Der Zivilprozeß mit seinen besseren rechtsstaatlichen Garantien enthält größere Sicherheiten für ein richtiges Ergebnis. Seine formellen Fesseln gewährleisten geringere Willkür.

Das WEG selbst zieht deshalb schon eine deutliche Kompetenzgrenze für den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch §§ 43 Abs. 1 Nr. 1, 18, 19 WEG. Die härteste Sanktion bei Pflichtverletzungen eines Wohnungseigentümers, die das WEG kennt, die Entziehung des Wohnungseigentums, kann nur der Prozeßrichter aussprechen. Auf die Vorteile, die mit der freieren Verfahrensgestaltung im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit verbunden sind und in der schnelleren Bereinigung der Atmosphäre, dem Befriedigungseffekt und der größeren Sicherung ungestörter Verwaltung liegen, verzichtet das Gesetz bei schwereren Eingriffen in die Rechtssphäre einer Person.

Dritter Teil:

Die Verfahrenszuständigkeit vor rechtlichem Vollzug der Gemeinschaft

A Das Problem

Zu den wesentlichen Problemen, die im Bereich des Wohnungseigentumsgesetzes trotz erheblicher praktischer Bedeutung noch nicht gelöst sind, gehört die rechtliche - besonders verfahrensrechtliche - Behandlung der "werdenden Wohnungseigentümergeinschaft". Praktisch stellt sich häufig die Frage, wie die Rechtsbeziehungen zwischen Personen zu qualifizieren sind, die in einem Anwesen faktisch als Wohnungseigentümer schon zusammen wohnen, obwohl rechtlich Wohnungseigentum noch nicht entstanden und damit auch eine echte Gemeinschaft der Wohnungseigentümer im Rechtsinne noch nicht vorhanden ist. Dieses zeitliche Auseinanderfallen von tatsächlicher und rechtlicher Gemeinschaftsentstehung beruht auf mehreren Gründen.

Das Rechtsinstitut Wohnungseigentum entsteht nach § 2 WEG durch vertragliche Einräumung von Sondereigentum gemäß § 3 WEG oder durch Teilung nach § 8 WEG. Im ersten Fall liegt Wohnungseigentum mit Eintragung des Sondereigentums im Grundbuch vor (§ 4 Abs. 1 WEG), im letzten wird die Teilung mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher wirksam (§ 8 Abs. 2 Satz 2 WEG); eine Wohnungseigentümergeinschaft entsteht dann erst durch Übertragung mindestens eines Wohnungseigentumsrechtes (1).

Der rechtliche Vollzug durch Eintragung führte in der Vergangenheit und führt jetzt noch regelmäßig zu nicht unerheblichen Verzögerungen, die teils auf der Arbeitsüberlastung der Grundbuchämter, teils auf dem

1) Bärmann, § 8 Bem. II, IV; Weitnauer-Wirths, § 8 Rdn. 4

mangelnden Vertrautsein der Grundbuchbeamten mit dem relativ neuen und nicht einfachen Wohnungseigentumsgesetz beruhten (1). Die Eintragung des Wohnungseigentums ist in der Regel mit der Anlegung besonderer Grundbuchblätter, der sogenannten Wohnungsgrundbücher (§§ 4 Abs. 1, 8 Abs. 2 Satz 2, 7 Abs. 1 WEG) verbunden. Sie kann erst nach Prüfung des Aufteilungsplanes, einer von der Baubehörde mit Unterschrift und Siegel versehenen Bauzeichnung, aus der Aufteilung des Gebäudes, Lage und Größe der im Sondereigentum und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile ersichtlich ist, erfolgen. Ferner hat der Grundbuchrichter darauf zu achten, daß eine Bescheinigung der Baubehörde über die Abgeschlossenheit der Wohnung vorgelegt wird (§ 3 Abs. 2 WEG) (2). Mit besonderer Schwierigkeit sind häufig Fragen verbunden, die sich im Bezug auf die Eintragungsfähigkeit bestimmter, nach § 10 Abs. 1 WEG möglicher Vereinbarungen stellen, durch welche die Wohnungseigentümer ihr Verhältnis untereinander regeln (3). Der Eintragung von Wohnungseigentum gehen daher in nicht geringer Zahl Rückfragen der Grundbuchämter zur Klärung unklarer oder zweifelhafter Fragen voraus, die ebenfalls Zeitverluste zur Folge haben.

-
- 1) Von dieser Tatsache geht auch der im Oktober 1971 im Bundesrat von der bayrischen Landesregierung eingebrachte Entwurf einer Novelle des WEG aus, der inzwischen als Bundestags-Drucksache VI/ 3205 dem Bundestag zur Beschlußfassung vorliegt. Dieser Entwurf strebt eine Milderung der Arbeitsüberlastung der Grundbuchämter an. Darüber berichtet näher: Diester, Rechtspfleger 1972, 197 ff (200)
 - 2) Zu den Aufgaben der Grundbuchämter im Bereich des WEG äußert sich näher: Haegeler, Grundbuchrecht, Rdn. 1547 Diester: Rechtspfleger 1965, 193 ff; derselbe, Rechtspfleger 1967, 270
 - 3) Diester: Rechtspfleger 1965, 193 ff, 199 ff

Unabhängig von der Eintragung ziehen die Wohnungseigentumsanwärter, die oft lange Zeit auf die Inbesitznahme ihrer neuen Wohnung gewartet haben, unverzüglich nach Fertigstellung der Wohnung ein.

B Der Streitstand

Die Rechtstellung dieser Anwärter vor Eintragung des Wohnungseigentums im Grundbuch ist mangels gesetzlicher Regelung umstritten. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll die Erörterung der Frage im Vordergrund stehen, ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt Streitigkeiten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäß § 43 WEG auch schon vor Eintragung der Wohnungseigentümer im Grundbuch zu entscheiden sind.

Die Rechtsprechung und das Schrifttum haben diese Frage unterschiedlich beantwortet.

Die Gerichte (1) hielten zunächst das Verfahren nach den §§ 43 ff WEG vor der endgültigen Entstehung des Wohnungseigentums durch Eintragung im Grundbuch nicht für anwendbar. Zur Begründung ihrer Meinung beriefen sie sich auf den "klaren Wortlaut" des § 43 WEG, der die Wohnungseigentümerstellung voraussetze.

Nach anderen Entscheidungen (2) genügte es für die analoge Anwendung des § 43 WEG, wenn die Wohnungseigentumsanwärter aufgrund der Kaufverträge die Wohnungen nach Fertigstellung bezogen haben. Der obligatorische Anspruch aus dem Wohnungskaufvertrag in

-
- 1) OLG Hamburg NJW 1960, 296 = MDR 1960, 1015; LG Bad Kreuznach ZMR 1962, 90
 - 2) AG Hamburg NJW 1959, 1638 f = DB 1960, 175, bestätigt durch LG Hamburg DB 1969, 175

Verbindung mit dem Besitz an der Wohnung gebiete, materiellrechtliche Sonderregelungen des Wohnungseigentumsgesetzes auch schon vor der Eintragung der Wohnungskäufer im Grundbuch anzuwenden, soweit es sich "nicht gerade um aus dem Eigentum als solchen fließende Rechte handele". Das Gebot der Analogie im Bereich der materiell-rechtlichen Normen ziehe als zwingende Folge auch die entsprechende Anwendbarkeit der Verfahrensvorschriften nach sich, die dem materiellen Recht zur tatsächlichen Wirksamkeit verhelfen sollten.

Diese Auffassung wurde später ausdrücklich durch das Oberlandesgericht Hamburg (1) mit der zusätzlichen Begründung bestätigt, zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen könnte über bestimmte Verwaltungspflichten nicht teils vor dem Prozeßgericht, teils vor dem Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit gestritten werden.

In der Folgezeit hat sich das BayOblG (2) mit sehr ausführlicher Begründung dieser Meinung angeschlossen. Die Entscheidung hebt hervor, daß durch den wirksamen Kaufvertrag über Wohnungseigentum sowie die Eintragung einer dem Käuferanspruch sichernden Vormerkung ein Anwartschaftsrecht des werdenden Wohnungseigentümers entstehe, das nach dem Bezug der Wohnungen die rechtliche Gleichsetzung mit dem Vollrecht erlaube. Denn die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bestehe schon aufgrund des schuldrechtlichen Vertrages, der Eintragung einer Vormerkung und des Bezugs der Wohnungen.

1) OLG Hamburg NJW 1963, 818 f

2) BayOblG Z 1968, 223 = NJW 1969, 191

Diese Vorverlagerung der Gemeinschaftsbegründung und damit der Anwendung von § 43 WEG sei im Interesse einer einheitlichen Beurteilung der Beziehungen der Anwärter untereinander zum Zwecke schneller Schlichtung von Streitigkeiten auch vor der Grundbucheintragung im vereinfachten Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie im Interesse ordnungsgemäßer Verwaltung nach Bezug der Wohnungen durch die Eigentumsanwärter geboten.

Über diese Ansicht ist vor nicht allzu langer Zeit das Kammergericht (1) noch hinausgegangen. Es hält das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit schon dann für anwendbar, wenn die Gemeinschaft werdender Wohnungseigentümer tatsächlich besteht. Dagegen soll der Grad der rechtlichen Sicherung des Rechts belanglos sein. Schon vor dem Abschluß eines Kaufvertrages über den Erwerb von Wohnungseigentum bestehe im Interesse der Erhaltung der tatsächlichen Gemeinschaft das Bedürfnis, im Rahmen der §§ 43 ff WEG schnell die Bedingungen für die Entwicklung der Gemeinschaft zu schaffen. Der Senat verzichtet allerdings nicht völlig auf irgendwelche Rechtsbeziehungen der Anwärter in bezug auf das Wohnungseigentum; er hält jedoch einen formlosen Benutzungsvertrag, der zum Bezug der Wohnungen geführt habe, für ausreichend, da damit die Notwendigkeit verbindlicher einheitlicher Regelung bestehe. Den unterschiedlichen Auffassungen in der Rechtsprechung vergleichbar, ist der Meinungsstand im Schrifttum sehr kontrovers.

1) KG, NJW 1970, 330 ff

Ohne nähere Begründung hat sich Westermann (1) gegen die Anwendung der §§ 43 ff WEG vor der Eintragung ausgesprochen. Seine Ansicht ist jedoch, soweit ersichtlich, vereinzelt geblieben.

Davon abgesehen hält man die §§ 43 ff WEG schon vor endgültiger Entstehung des Wohnungseigentums für anwendbar, wobei die Voraussetzungen im Hinblick auf das Ob und das Wie der rechtlichen und tatsächlichen Sicherung des zukünftigen Eigentumserwerbs im einzelnen allerdings umstritten sind.

Teilweise verlangt man für eine analoge Anwendung des § 43 WEG vor Eintragung, daß nach Abschluß des Begründungsvertrags und Einigung über die Einräumung des Wohnungseigentums die Wohnungen bereits bezogen sind (2), teils fordert man neben dem Bezug der Wohnungen die Sicherung des obligatorischen Anspruchs auf Einräumung von Wohnungseigentum durch eine Vormerkung (3), teils begnügt man sich neben der Inbesitznahme der Wohnung sogar mit einem wirk-

1) Westermann, Sachenrecht S. 345, Erman-Westermann, § 43 WEG Anm. 1

2) Pritsch, BGB-RGRK § 43 Bem. 3

3) Soergel-Baur, § 43 Anm. 8; die Stellungnahme von Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 4e zu dem Problem ist unklar. Danach sollen die §§ 43 ff WEG anwendbar sein, wenn

- a) die Anwärter den Besitz an den fertiggestellten Wohnungen haben oder (??)
- b) ihnen ein durch Vormerkung gesicherter Anspruch auf Auflassung (?) zusteht und sie wirtschaftlich in Beziehungen stehen, die denen im Falle wirklicher Begründung entsprechen. Diese Ansicht schon mißverständliche Äußerung wird durch die gleichzeitige ausdrückliche Billigung vom OLG Hamburg, NJW 1963, 818, wonach das Bestehen eines Anspruchs und das Vorliegen von Besitz erforderlich sind, noch unklarer.

samen schuldrechtlichen Vertrag der zukünftigen Wohnungseigentümer (1).

Extreme Positionen im entgegengesetzten Sinn nehmen Staudinger-Ring (2) und Kapellmann (3) ein. Während nach Ansicht der ersteren die Wohnungseigentümergeinschaft bereits mit dem wirksamen Vertragsabschluß entstehen und allein damit das Verfahren nach §§ 43 ff WEG zulässig sein soll, rechtfertigt nach Meinung des letzteren allein die Tatsache des Bezugs der Wohnungen eine Entscheidung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Insgesamt kann man die Vielfalt der Auffassungen zur Verfahrenszuständigkeit vor endgültiger Begründung des Wohnungseigentums in drei Gruppen zusammenfassen. Während eine ursprünglich vertretene Ansicht den Prozeßrichter für entscheidungsbefugt hielt, andere die Kompetenz des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit unmittelbar aus § 43 WEG herleiten, erachtet man überwiegend die entsprechende Anwendung des § 43 WEG für gerechtfertigt. Innerhalb dieser letztgenannten Meinung gibt es wieder hinsichtlich der Analogie-Voraussetzungen erhebliche Unterschiede.

C Lösungsvorschlag

Eine Stellungnahme zu der Frage, ob im Verfahren nach den §§ 43 ff WEG auch schon vor dem rechtlichen Vollzug der Gemeinschaft durch Eintragung zu entscheiden ist, muß zunächst davon ausgehen, daß das Gesetz

1) Diester, Rechtsprechung S. 13 ff, Palandt-Degenhart, § 43 Anm. 1

2) Staudinger-Ring, § 43 WEG Anm. 2

3) Kapellmann MDR 1969, 620 ff

selbst insoweit keine Regelung enthält. Nach dem Wortlaut setzt die Anwendung des § 43 WEG nämlich die Eigenschaft als Wohnungseigentümer oder als Verwalter, der regelmäßig von den Wohnungseigentümern durch Stimmenmehrheit bestellt wird, voraus. Wohnungseigentümer ist jedes Rechtssubjekt, dem Wohnungseigentum zusteht. Wohnungseigentum kann aber immer erst mit der Eintragung der Einräumung von Sonder Eigentum (§§ 2, 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 WEG) oder mit der Eintragung der Teilung und der Anlegung besonderer Grundbuchblätter begründet werden (§§ 2, 8 WEG). Unmittelbar aus dem Gesetz selbst kann somit das Problem nicht gelöst werden.

I. Die Wechselbeziehungen zwischen materiellem und formellem Recht

Eine Antwort auf die verfahrensrechtliche Frage, wie Streitigkeiten werdender Wohnungseigentümer zu regeln sind, kann auch nicht isoliert ohne Berücksichtigung der materiellrechtlichen Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes gegeben werden. Denn das Verfahrensrecht dient nur der optimalen Durchsetzung und Gestaltung des materiellen Rechts und bildet mit dem materiellen Recht eine natürliche Einheit. Demgemäß dient auch das Verfahren nach § 43 WEG der Anwendung und Verwirklichung der materiellrechtlichen Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes. Dies bedeutet, daß die verfahrensrechtlichen Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes und damit auch das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur dann auf die werdende Eigentümergemeinschaft entsprechend angewendet werden können, wenn auch eine entsprechende Anwendung materiellrechtlicher Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes im Gründungsstadium in

Betracht kommt. Scheidet eine analoge Anwendung des materiellen Rechts auf die Gründungsvereinigung aus, so kommt schon aus diesem Grund eine Analogie des § 43 WEG, die doch nur der Durchsetzung des materiellen Rechts der Wohnungseigentümer dienen soll, nicht in Frage.

Dabei kann das Problem der Analogie solcher materiell-rechtlicher Regelungen unerörtert bleiben, die über das Innenverhältnis hinaus Drittinteressen berühren (1) (z.B. § 11 Abs. 2 WEG) oder Ansprüche begründen, über die nicht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden ist. Zu untersuchen ist somit im Rahmen der vorliegenden Arbeit lediglich eine entsprechende Anwendung solcher materiellrechtlicher Vorschriften, die Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander oder zu dem Verwalter, also das Innenverhältnis der Gemeinschaft betreffen (z.B. §§ 14, 15 Abs. 3, 16 Abs. 2, 23 Abs. 4 26 - 28 WEG).

II. Das Innenverhältnis der zukünftigen Wohnungseigentümer

1. Der Stand der Meinungen

- . Die entsprechende Heranziehung materieller Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes bereits im Stadium der Entwicklung zur Eigentümergemeinschaft wird jedenfalls nach Abschluß eines Vertrags über den Erwerb von Wohnungseigentum und Bezug der Wohnungen allgemein anerkannt (2). Zur Begründung

1) Bärmann, Das Haus 1967, 30

2) AG Hamburg und LG Hamburg, DB 1960, 175; BayObLG NJW 1969, 191 (192); LG Berlin, DR 1962, 210 ff; OLG Hamm, DNotZ 1968, 489 mit der Einschränkung, daß bei einer Begründung von Wohnungseigentum nach § 8 WEG die Wohnungsgrundbücher angelegt sein müssen, um eine Beschlußfassung der Wohnungseigentümer zu ermöglichen.

dieses Ergebnisses stützt man sich darauf, es bestünde ein Bedürfnis nach vorzeitiger Anwendung der Bestimmungen des WEG.

2. Lösungsmöglichkeiten

Zur Lösung bieten sich drei Möglichkeiten an.

Zunächst ist denkbar, die im Werden begriffene Gemeinschaft als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzusehen, die zwischen den zukünftigen Gemeinschaftern mit dem allen gemeinsamen Zweck gegründet wurde, eine Gemeinschaft nach dem Wohnungseigentumsgesetz zur Entstehung zu bringen.

Ferner wäre es möglich, die Gründungsgemeinschaft als eine schlichte Rechtsgemeinschaft im Sinne der §§ 741 BGB zu beurteilen.

Schließlich kommt eine Heranziehung der Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes auf die werdende Gemeinschaft in Frage.

3. Vergleich mit anderen Personenvereinigungen

Unserer Rechtsordnung ist das Problem, das bei der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft auftaucht und darin besteht, ob materiell-rechtliche Vorschriften des WEG bereits vor dem Akt der Grundbucheintragung anwendbar sind, nicht fremd. Auch bei sonstigen Personenvereinigungen, die erst durch konstitutiven Eintragungsakt juristische Relevanz erlangen, ist diese Frage aktuell geworden. So ist beispielsweise nunmehr weitgehend anerkannt, daß zwischen der Gründung und der Eintragung einer Aktiengesellschaft, einer Genossen-

schaft (1) oder einer GmbH (2) im Genossenschafts- bzw. Handelsregister weder ein nicht rechtsfähiger Verein, noch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts besteht (3). Die werdende Aktiengesellschaft, Genossenschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist vielmehr eine Entwicklungsstufe bei der Entstehung der rechtsfähigen AG., Genossenschaft bzw. GmbH: Es liegt eine Organisation sui generis vor, die einem Sonderrecht untersteht, das aus den im Gesetz oder im Vertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen Genossenschaft, Aktiengesellschaft bzw. GmbH, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt, besteht (4). Zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß die Einordnung der werdenden AG., Genossenschaft oder GmbH als bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (5), als nicht rechtsfähiger Verein (6) oder als OHG (7) dem Willen der Gründer nicht

1) BGHZ 20, 281 (285)

2) BGHZ 21, 242 (246)

3) Allgemeine Hinsicht; vgl. Meyer-Meulenbergh, Genossenschaftsrecht, § 13 Anm. 1b; Fischer in Großkommentar zum AktG, § 22 Anm. 4; v. Godin-Wilhelmi AktG 4. Aufl. Anm. 4 zu § 29; Baumbach-Duden, § 105 Anm. 2c; Erman-Westermann, BGB, Anm. 2 zu § 54; Soergel-Siebert, Bem. 28 vor § 21 BGB

4) Zuletzt BGHZ 45, 347

5) Diese Auffassung vertrat das RG in ständiger Rechtsprechung; vgl. RGZ 58, 56; 82, 290; 83, 373; 87, 249; 122, 175; 143, 372; 151, 91. Im Schrifttum folgten dieser Meinung: Staub-Hachenburg GmbHG, 5. Aufl. § 11 Anm. 2; Brodmann, GmbHG § 11 Anm. 1; Otto, BB. 1954, 572 ff

6) Baumbach-Hueck, GmbHG, § 11 Anm. 1; Staudinger-Coing, § 54 Anm. 72; Lehmann, Gesellschaftsrecht S. 29⁴

7) OLG Frankfurt, NJW 1947/48, 429; OLG Celle, DNotZ 1950, 102; OLG Hamburg, JZ 1952, 456; Schlegelberger, HGB § 105 Anm. 20

gerecht werde. An dieser Ansicht ist nicht neu, daß der Bundesgerichtshof die im Gesetz und im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Gründungsvorschriften auf die Gründungsgesellschaft für anwendbar erklärt. Schon das Reichsgericht (1) hatte einzelne Vorschriften auf die Gründungs-GmbH angewendet. Das Novum liegt vielmehr darin, daß die Gründungsgesellschaft grundsätzlich nach dem Recht der eingetragenen juristischen Person beurteilt und somit als Gesellschaft sui generis anerkannt wird und nicht mehr nur als bürgerlich-rechtliche Gesellschaft oder nicht rechtsfähiger Verein gilt. Der Bundesgerichtshof stützt seine Auffassung entscheidend auf den Umstand, daß der Wille der Gründer dahingehe, eine eingetragene Genossenschaft, GmbH oder AG. und nicht eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft oder einen nicht rechtsfähigen Verein zu schaffen. Äußeres Zeichen dieses Gründerwillens ist die Festsetzung des Statuts und damit der Schaffung einer Gründungsgenossenschaft, Gründungs-AG., oder Gründungs-GmbH, welche dem äußeren Erscheinungsbild der eingetragenen Genossenschaft, Aktiengesellschaft oder GmbH entspricht. Demgemäß passen auf dieses Rechtsgebilde nur die Bestimmungen über die eingetragenen juristischen Personen, soweit sie nicht die Eintragung bzw. die Rechtsfähigkeit als deren Folge voraussetzt.

Es fragt sich, ob diese Grundsätze auch auf die werdende Wohnungseigentümergeinschaft übertragen werden können.

1) RGZ 82, 290

Diesem Ergebnis kann zunächst entgegenstehen, daß die erwähnten Personenvereinigungen mit der Registereintragung Rechtsfähigkeit erlangen, während aus der werdenden Eigentümergemeinschaft die nicht rechtsfähige Wohnungseigentümergemeinschaft entsteht. Ob allein die Rechtsfähigkeit eine differenzierende Betrachtungsweise zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Sozialgebilden gebietet, kann nur unter Berücksichtigung ihrer Funktion im Rechtsleben beurteilt werden.

Allgemein versteht man unter Rechtsfähigkeit die Fähigkeit eine Organisation, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (1). Die Bedeutung dieses Begriffes ist vorwiegend rechtstechnischer Natur. Mit der gesetzlichen Anerkennung einer sozialen Einheit als rechtsfähig ist vor allem ein gesteigerter Grad an organisatorischer Verselbständigung gegenüber den Personen verbunden, welche die Organisation tragen oder in ihr tätig sind (2). Diese Verselbständigung ist nicht grenzenlos. Inhalt und Umfang der Rechtsfähigkeit der einzelnen juristischen Personen sind von den im Zweck der jeweiligen Organisation vereinigten Interessen abhängig; sie ergeben sich aus den einzelnen Rechtssätzen, welche die Handlungsfähigkeit des Rechtssubjektes regeln (3). So können beispielsweise juristische Personen nicht Träger absoluter, höchstpersönlicher Rechte, wie Familienrechte sein. Andererseits ist bei den nicht rechtsfähigen Personenzusammenschlüssen nur ein mehr oder minder großer Teil der Rechtsbeziehungen

1) Ennecerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, S. 477 § 83

2) Soergel-Schultze von Lasaulx, Vorb. 25 vor § 21 BGB

3) Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 52, 109

der Organisation zugeordnet. Mangels Anerkennung eigener Zurechnungssubjektivität treffen die rechtlichen Zuordnungen die nicht rechtsfähige Organisation. Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Organisation liegt somit in dem Ausmaß der Fähigkeit, sich rechtlich wirksam zu verhalten. Dagegen kann man aus dem Vorhandensein bzw. Fehlen der Rechtsfähigkeit nicht allein auf strukturelle Unterschiede zwischen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Organisation schließen.

Wenn auch der Wohnungseigentümergeinschaft die Rechtsfähigkeit durch den Gesetzgeber nicht verliehen wurde, kann sie daher nach ihrer inneren Struktur den zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks unter Zusammenfassung von Personen oder Vermögenswerten geschaffenen Organisationen ähnlich sein. Die Verleihung der Rechtsfähigkeit an bestimmte Sozialgebilde bedeutet lediglich, daß bei der Anwendung der Rechtsnormen auf die mit diesen Organisationen zusammenhängenden Rechtsbeziehungen die Organisation in ihrer Selbständigkeit berücksichtigt werden soll. Für eine unterschiedliche materiell-rechtliche Behandlung ist der Grad organisatorischer Verselbständigung kein Argument.

4. Die materiell-rechtliche Beurteilung des Innenverhältnisses der Wohnungseigentumsanwärter

Läßt sich somit über die Rechtsfähigkeit kein Einwand dagegen herleiten, die werdende Wohnungseigentümergeinschaft nach dem materiell-rechtlichen Vorschriften zu behandeln, die für sie nach vollständiger Entstehung gelten, so ist damit aber dieses Problem auch noch nicht im positiven Sinne

geklärt. Zur Rechtfertigung genügt auch nicht der oft gegebene Hinweis auf ein praktisches Bedürfnis nach Anwendung der Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes.

Die Berechtigung der These, daß die im Werden begriffene Eigentümergemeinschaft dem Recht der eingetragenen Gemeinschaft mit Ausnahme der Vorschriften, die die Eintragung voraussetzen und derer, die durch spezielle Gründungsvorschriften ersetzt worden sind, untersteht, hängt von zwei Prämissen ab. Die Gründungsgemeinschaft ist als Gemeinschaft *sui generis* anzuerkennen und nach dem Wohnungseigentumsgesetz zu beurteilen, wenn

vor der Eintragung ein Rechtsgebilde besteht, das seiner rechtlichen Struktur nach der eingetragenen Eigentümergemeinschaft entspricht,

der Gesetzgeber die Grundbucheintragung nicht als unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung des WEG angesehen hat.

a) Die im Grundbuch eingetragene Gemeinschaft

Die Auseinandersetzung mit der zuerst genannten Problematik erfordert zunächst eine Erörterung der Rechtsnatur der Wohnungseigentümergemeinschaft. Danach ist im Zusammenhang mit einer näheren Analyse der Entwicklungsstadien zur Gemeinschaft hin zu untersuchen, ob vor der Eintragung und gegebenenfalls von welcher Entwicklungsstufe an ein Rechtsgebilde besteht, daß seiner rechtlichen Natur nach der durch die Eintragung vollzogenen Gemeinschaft entspricht.

aa) Der Stand der Meinungen

Die Rechtsbeziehungen zwischen den Wohnungseigentümern sind bislang, sieht man von den ausführlichen Erörterungen Bärmanns ab, nur lapidar und cursorisch behandelt worden. Überwiegend begnügte man sich mit der Feststellung, das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander sei eine schlichte Rechtsgemeinschaft im Sinne der §§ 741 ff BGB (1).

Anderer Auffassung ist das OLG Celle (2), das die Wohnungseigentümergeinschaft als eine von der bürgerlich-rechtliche Gemeinschaft und der Miteigentümergeinschaft wesentlich verschiedene Rechtsform "ganz besonderer Art" ansieht. Zur Begründung beruft sich der Senat vor allem auf die Unauflöslichkeit der Eigentümergeinschaft, die eine besondere personenrechtliche Gemeinschaftsbindung mit sich bringe.

Auch Baur (3) meint, die Eigentümergeinschaft sei mehr als "eine bloße Vereinigung der Miteigentümer", weil sie körperschaftliche Züge trage.

-
- 1) Weitnauer-Wirths, § 10 Rdn. 1; Herold, BlGEW 1957, 52; Dormann, S. 29; Westermann, Sachenrecht S. 343; Pritsch, BGB-RGRK, § 10 Bem. 1; Staudinger-Ring, § 10 Anm. 1, ferner die amtliche Begründung zu § 10 WEG, abgedruckt bei Staudinger-Ring
 - 2) OLG Celle, Urteil vom 28. 11. 1969, Aktz.: 11 M 101/69
 - 3) Baur, Sachenrecht S. 255 f.

Eingehend befaßt sich mit der Rechtsnatur der Wohnungseigentümergeinschaft, der eine Schlüsselstellung für die Lösung der Frage nach der verfahrensrechtlichen Behandlung der werden- den Gemeinschaft zukommt, lediglich Bärmann in seinem Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz (1). Bärmann hält die Eigentümergeinschaft für ein "Mischgebilde" (2), einen Typ sui generis mit überwiegend dinglichem Charakter (3), der zwischen einfacher Gemeinschaft und juristischer Person einzuordnen sei (4). Typische Elemente der Bruchteilsgemeinschaft, die sich vor allem über das Miteigentum als einen wesentlichen Bestandteil des Wohnungseigentums ergeben würden, seien mit gesellschaftlichen Grundsätzen zu einer Einheit zusammengefaßt (5). Gesamthänderische Züge der Eigentümergeinschaft zeigten sich in ihrer Unauflöslichkeit (§ 11 WEG), in den rechtlichen Folgen bei der Zerstörung (6) sowie in den für die Gesamthand kennzeichnenden Mitgliedschaftsrechten (7). Der dingliche Charakter der Gemeinschaft folge daraus, daß nach § 10 Abs. 3 WEG Beschlüsse der Gemeinschaftler und richterliche Entscheidungen sogar ohne Eintragung, Mitgliedschaftsrechte aufgrund einer nach § 10 Abs. 2 WEG möglichen Eintragung gegenüber Rechts-

-
- 1) Bärmann, Einleitung Bem. IV = S. 126 ff
 - 2) Bärmann, Einleitung Bem. IV = S. 139
 - 3) Bärmann, Einleitung Bem. IV = S. 136
 - 4) Bärmann, Einleitung Bem. IV = S. 129
 - 5) Bärmann, Einleitung Bem. IV = S. 134 f
 - 6) Bärmann, Einleitung Bem. IV = S. 136
 - 7) Bärmann, Einleitung Bem. IV = S. 137

nachfolgern wirksam seien (1). Die Gemeinschaft sei insgesamt als eine verdingliche Personenvereinigung zu verstehen, deren Konzeption von der Bruchteilsgemeinschaft ausgehe und die sich der Gesellschaft annähere (2).

bb) Lösungsvorschlag

Eine eigene Stellungnahme zu der Problematik hat von folgenden Überlegungen auszugehen:

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer entsteht, sobald mehreren Rechtssubjekten Wohnungseigentumsrecht an einem fremden Grundstück zugeordnet ist. Jedenfalls an das Vorliegen dieser Eigentumsverhältnisse, an das Bestehen von Wohnungseigentum bei mehreren Personen knüpft sich die Begründung der Gemeinschaft an. Eine präzisere Stellungnahme zur Frage nach der Rechtsnatur der Eigentümergemeinschaft kann folglich nur gegeben werden aufgrund einer genauen Prüfung der Rechten- und Pflichtenstellung, die sich für den einzelnen kraft Gesetzes daraus ergibt, daß ihm Wohnungseigentum an einem Grundstück zusteht.

Da das WEG nach § 1 Abs. 2 WEG eine "Mischung" von Alleineigentum und Bruchteilseigentum ist (3), indem es das Sondereigentum an einer Wohnung oder sonstigen Raumeinheit mit dem Miteigentum am Grundstücksrest verbindet, beziehen sich die unmittelbaren Rechte jedes Wohnungs-

1) Bärman, Einleitung Bem. IV=S. 1:1

2) Bärman, Einleitung Bem. IV = S. 155

3) BGHZ 49, 250

eigentümers auf das gemeinschaftliche Eigentum und auf das Sondereigentum.

Als Folge dieses sachenrechtlichen Rechtsverhältnisses, das auf der absolut wirkenden Zuordnung des Wohnungseigentums beruht, ergeben sich ferner persönliche Rechte und Pflichten zwischen den Wohnungseigentümern (1).

Wenn auch nach dem Gesetz Wohnungseigentum als eine vollkommene Einheit anzusehen ist, sind aufgrund der in § 1 Abs. 2 WEG enthaltenen Definition zwei Zuordnungstatbestände zu unterscheiden. Das Sondereigentum ist wegen der in § 13 Abs. 1 WEG enthaltenen Befugnis jedes Gemeinschafters, mit dem Gegenstand des Sondereigentums "nach Belieben zu verfahren" jeweils nur einem Wohnungseigentümer allein zugeordnet. Dagegen stehen die Miteigentumsteile allen Wohnungseigentümern gemeinsam und in gleicher Weise zu. Dieser Verschiedenheit der dinglichen Rechtsbeziehungen entsprechend unterscheiden sich auch die rechtlichen Beziehungen der Gemeinschaft untereinander.

Die Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer, die das gemeinsame Eigentum betreffen, entsprechen den Rechtsbeziehungen zwischen den Gemeinschaftern einer bürgerlich rechtlichen Gemeinschaft im Sinne des § 741 BGB. Wie bei dieser sind das gemeinschaftliche Grundstückseigentum, die nicht im Sondereigentum oder im Eigentum eines Dritten stehenden Teile, Anlagen

1) Westermann, Sachenrecht S. 9 ff; Larenz, Schuldrecht II, S. 321 f

und Einrichtungen (§ 1 Abs. 4 WEG) allen Gemeinschaftern gemeinsam zugeordnet. Die spezifische Eigenart der Wohnungseigentümergeinschaft im Verhältnis zur Gemeinschaft des bürgerlichen Rechts besteht lediglich darin, daß Gegenstand des gemeinsamen Rechtes, wie im Falle der §§ 1008 ff BGB, immer ein Grundstück ist, während die Bestimmungen zur schlichten Rechtsgemeinschaft in jedem Fall gemeinschaftlicher Rechtszuordnung eingreifen. In Unterscheidung zu den Sonderregelungen der §§ 1008 ff BGB sind bei der Gemeinschaft nach dem Wohnungseigentumsgesetz jedoch nicht die auf dem Grundstück befindlichen Wohnungen den Rechtssubjekten zugeordnet.

Die Annahme, daß die Wohnungseigentümer bezüglich des gemeinschaftlichen Eigentums eine besondere Form der schlichten Rechtsgemeinschaft darstellen, wird durch einen Vergleich zwischen den Vorschriften der §§ 741 ff BGB und den Bestimmungen des WEG, die das gemeinschaftliche Eigentum betreffen, bestätigt.

So entsprechen die für den Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums geltenden §§ 13 Abs. 2 Satz 1, 14 Nr. 1 - 3 WEG dem § 743 Abs. 2 BGB. Während § 743 Abs. 2 BGB jedem Teilhaber eine Befugnis zum Gebrauch der Sache insoweit verleiht als dadurch nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beschränkt wird, bestimmt § 14 Nr. 1 - 3 WEG als Schranke des Gebrauchsrechts für die in einem Gebäude wohnenden Wohnungseigentümer ein "geordnetes Zusammenleben". Der Gesetzgeber des WEG wollte das Gebrauchsrecht nicht allein mit dem Hinweis auf den Mitgebrauch begrenzen, weil im Bereich des WEG

neben den Rechten aller Wohnungseigentümer zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums die Befugnis jedes einzelnen Wohnungseigentümers zur Benutzung der im Sondereigentum befindlichen Gebäudeteilen steht. Diese dürfen nur soweit reichen, als damit eine Beeinträchtigung des Rechtes der übrigen Wohnungseigentümer zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums sowie des Sondereigentums nicht verbunden ist. Als Folge der in § 1 Abs. 2 WEG angeordneten Verknüpfung von Miteigentum und Sondereigentum war im Bereich des WEG eine im Verhältnis zu der allgemeinen Gemeinschaftsvorschrift des BGB spezielle Regelung erforderlich, die dem Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer und der Benutzung des Sondereigentums durch den einzelnen Wohnungseigentümer Rechnung trägt. Insgesamt bleibt festzustellen, daß §§ 13 Abs. 2 Satz 1, 14 Nr. 1 - 3 WEG eine den Bedürfnissen der Wohnungseigentümergeinschaft angepaßte Konkretisierung des § 743 Abs. 2 BGB darstellt.

Parallelen zwischen den Rechtsbeziehungen der Wohnungseigentümer und der Gemeinschaftler untereinander finden sich ferner im Verhältnis von § 15 WEG und § 745 BGB. So wie die Wohnungseigentümer den Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums durch Vereinbarung (§ 15 Abs. 1 WEG) oder bei deren Fehlen durch Stimmenmehrheit regeln können (§ 15 Abs. 2 WEG), ist bei der schlichten Rechtsgemeinschaft eine entsprechende Benutzungsregelung möglich. Zwar gilt nach dem Wortlaut des § 745 Abs. 1 BGB nur für die Festlegung der Benutzung Stimmenmehrheit; es ist jedoch dem in § 745 Abs. 2 BGB enthaltenen Vor-

behalt anderweitiger Regelung durch "Vereinbarung" zu entnehmen, daß auch im Rahmen des § 745 Abs. 1 BGB eine Gebrauchsregelung durch Vertrag möglich ist und einem Mehrheitsbeschluß vorgeht (1). Gleichfalls kann nach § 15 Abs. 3 WEG wie nach § 745 Abs. 2 BGB jeder Gemeinschaftler eine Benutzung verlangen, die dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht, soweit nicht Mehrheitsbeschlüsse und Vereinbarungen vorliegen. Neben der gesetzlichen Festlegung der Gebrauchs- befugnis der Gemeinschaftler bestehen somit auch im Bezug auf die Möglichkeit, die Benutzungs- modalitäten gemeinsam zu regeln, erhebliche Über- einstimmungen zwischen WEG und bürgerlich-recht- lichem Gemeinschaftsrecht.

Weitere Vergleiche zwischen beiden Rechtsbie- ten enthalten § 16 Abs. 1 WEG und § 743 Abs. 1 BGB. Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 WEG verteilen sich Nutzungen, Lasten und Kosten entsprechend dem Miteigentumsanteil jedes Gemeinschaftlers; nach § 743 Abs. 1 BGB gebührt jedem Teilhaber ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil. Die dem Wesen jeder Gemeinschaft entsprechende Vertei- lungsregelung des § 743 BGB gilt somit auch im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander.

Schließlich sind einander entsprechende Bestim- mungen für die Rechtsbeziehungen der Gemein- schafter untereinander auch im Bereich der Ver- waltung ersichtlich. So gleichen sich § 21 Abs. 1 WEG und § 744 Abs. 1 BGB, wonach die Verwal- tung des gemeinschaftlichen Eigentums grund- sätzlich des Wohnungseigentümern zusteht, fast

1) Larenz, Schuldrecht, Besonderer Teil S. 323

wörtlich. Ebenso stimmen § 21 Abs. 2 WEG und § 744 Abs. 2 BGB überein, die jedem Gemeinschaftler ein Notverwaltungsrecht zur Abwendung drohenden Schadens einräumen, unmittelbar.

Nebeneinander zu stellen sind ferner § 21 Abs. 3 WEG und § 745 Abs. 1 BGB, die den Gemeinschaftlern die Möglichkeit eröffnen, durch Stimmenmehrheit eine ordnungsgemäße Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstands festzulegen. Im Wortlaut zum Teil identische Fassungen enthalten § 21 Abs. 4 WEG und § 745 Abs. 2 BGB, nach denen jeder Gemeinschaftler eine dem Interesse aller nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung verlangen kann.

Neben diesen Parallelen finden sich in WEG Regelungen, die nach ihrem speziellen Charakter nur für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer getroffen sind und für das Verhältnis der Teilhaber der bürgerlich-rechtlichen Gemeinschaft entbehrlich waren (z. B. §§ 16 Abs. 3, Abs. 4, 17, 21 Abs. 5, Abs. 6 WEG).

Insgesamt bestätigt die prüfende Gegenüberstellung von Einzelbestimmungen, daß die Wohnungseigentümergeinschaft in Bezug auf das gemeinschaftliche Eigentum derartig viele Gemeinsamkeiten mit der bürgerlich-rechtlichen Bruchteilsgemeinschaft aufweist, daß man sie als Sonderfall der allgemeinen Rechtsgemeinschaft qualifizieren kann.

Die Frage nach der Rechtsnatur der Wohnungseigentümergeinschaft kann jedoch nicht ausschließlich von den Rechten und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander hinsichtlich des ge-

meinschaftlichen Eigentums beantwortet werden. In Anbetracht der untrennbaren Verbindung von Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum und Sondereigentum an einer Wohnung zu Wohnungseigentum (§§ 1 Abs. 2, 6 WEG) bedarf es vielmehr zunächst noch einer Untersuchung der rechtlichen Beziehungen der Wohnungseigentümer im Hinblick auf das Sondereigentum. Dazu sagen §§ 13 - 15 WEG etwas aus. § 13 Abs. 1 WEG legt den Umfang der Herrschaftsbefugnis des Wohnungseigentümers bezüglich des Sondereigentums fest. Mit der Wohnung und den Gebäudeteilen, die in seinem Sondereigentum stehen, kann der Wohnungseigentümer "nach Belieben verfahren". Das bedeutet vor allem, daß dem Wohnungseigentümer ein umfassendes Nutzungs- und Gebrauchsrecht zusteht. Trotz der Gesetzesfassung, die dem § 903 BGB ähnelt (1), sind dem einzelnen Gemeinschaftler durch § 13 Abs. 1 WEG aber keine Verfügungsrechte eingeräumt (2). Eingeschränkt sind die Rechte des Gemeinschaftlers ferner durch die Bestimmung des Gebäudes, das Wesen des Wohnungseigentums, die enge räumliche Verbundenheit und soweit vorhanden, durch besondere Vereinbarungen (3).

Die Rechtsposition eines jeden Wohnungseigentümers wird vor allem begrenzt durch die ihm in § 14 WEG auferlegten Pflichten. Diese Pflichten entsprechen weitgehend denen, die den Wohnungseigentümer in Bezug auf das gemeinschaft-

1) Darauf weist Bärmann, Großkommentar, § 13 Bem. II = Seite 389 hin

2) Weitnauer-Wirths, § 13 Rdn. 7, Bärmann, Großkommentar, § 13 Bem. II = S. 389

3) Bärmann, Großkommentar, § 13 Bem. IV S. 397

liche Eigentum treffen (1). Darüber hinaus bestimmt § 14 Nr. 1 WEG noch eine besondere Instandhaltungspflicht für die im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile; in § 14 Nr. 4 ist schließlich eine Verpflichtung des einzelnen Wohnungseigentümers aufgeführt, das Betreten und die Benutzung der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile zu dulden, soweit dies die Instandhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erfordert.

§ 15 WEG trifft für das Sondereigentum eine Gebrauchsregelung, die derjenigen für das gemeinschaftliche Eigentum entspricht. Trotz der weitgehenden Pflichtenidentität in bezug auf das gemeinschaftliche Eigentum und das Sondereigentum in § 14 WEG, unterscheiden sich die Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer, was das Sondereigentum angeht, grundlegend von der oben näher dargelegten Gemeinschafterstellung bezüglich des gemeinschaftlichen Eigentums. Während die Miteigentümerstellung auf der Aufteilung eines Rechts unter mehreren Rechtssubjekten beruht, fehlt es im Hinblick auf das Sondereigentum gerade an einer gemeinsamen Zuordnung, an Teilberechtigungen an einem Gegenstand. Das Sondereigentum ist eine Folge der Aufteilung einer natürlichen Sache in rechtlich verschiedene Teile. Jedem Gemeinschaftler ist an dem ihm zustehenden Sachteil Vollrecht eingeräumt. Die Vorschriften der schlichten Rechtsgemeinschaft, die die Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Teilberechtigten regeln, entsprechen nicht der Interessensituation zwischen mehreren Vollberechtigten

1) S. 120 ff der Arbeit

an rechtlich verselbständigten Teilen einer Sache. Denn hier liegt keine Rechtsgemeinschaft, sondern eine faktische Gemeinschaft vor. Weitnauer-Wirths (1) sprechen von einem "intensivierten Nachbarverhältnis". Im Gegensatz zu einem Nachbarrechtsverhältnis und in Übereinstimmung mit der bürgerlich-rechtlichen Gemeinschaft besteht allerdings die Wohnungseigentümergemeinschaft an einem tatsächlich einheitlichen Gegenstand. Da Rechte und Pflichten aufgrund gemeinsamer Zuordnung fehlen, beschränken sich die Rechtsbeziehungen der Wohnungseigentümer insofern auf die Regelung des engen räumlichen Zusammenlebens. Eine völlige rechtliche Übereinstimmung mit der schlichten Rechtsgemeinschaft entfällt. Die rechtlichen Bindungen zwischen den Wohnungseigentümern sind bezüglich des Sondereigentums noch geringer als bei der Rechtsgemeinschaft, die schon sehr lockere Beziehungen zwischen den Gemeinschaftern aufweist.

Gleichwohl besteht zwischen den Wohnungseigentümern auch hinsichtlich des Sondereigentums ein besonderes gesetzliches Schuldverhältnis. Dies ergibt sich vor allem aus § 14 Nr. 1 WEG, der die Nutzungsmöglichkeit der Wohnung mit dem Ziel geordneten Zusammenlebens der Gemeinschaft in einem Gebäude eingrenzt. Dieses Schuldverhältnis ist nicht auf Leistungsaustausch zwischen den Gemeinschaftern, sondern auf den gemeinsamen Zweck ungestörten Wohnens gerichtet. Diese Zwecksetzung läßt den Schluß zu, daß ein der Gemeinschaft ähnliches, wenn auch nach Entstehung und

1) Weitnauer-Wirths, § 13 Rdn. 3

Ausmaß der Beziehung verschiedenes Rechtsverhältnis vorliegt. Unter Berücksichtigung der Vorschriften, die das Sondereigentum betreffen (§§ 13 - 15 WEG), kennzeichnet dieses Rechtsverhältnis, daß es erst mit Fertigstellung des Gebäudes entsteht. So setzt die Befugnis, mit der Wohnung nach Belieben zu verfahren (§ 13 Abs. 1 WEG) denknotwendig ein reales Rechtsobjekt voraus (1). Herrschaftsrechte, so wie sie durch § 13 Abs. 1 WEG verliehen werden, sind ohne reale Existenz des Gegenstandes, den sie betreffen, gegenstandslos. Ebenso erlangen Pflichten zur Instandhaltung oder zu einem Gebrauch, der Grundsätzen geordneten Zusammenlebens entspricht (§ 14 Nr. 1 WEG), nur Bedeutung, wenn das Gebäude tatsächlich besteht. Auch Regelungen über den Gebrauch des Sondereigentums (§ 15 WEG) setzen die tatsächliche Existenz des Rechtsobjektes voraus. Vor Fertigstellung des Gebäudes bestehen also keine Rechtsbeziehungen in Bezug auf das Sondereigentum. Pflichten und Rechte der Gemeinschaftler aufgrund der Zuordnung von Wohnungen, die sich in einem gemeinsamen Gebäude befinden, setzen die Gebäudeerrichtung voraus. Somit können auch die Wohnungseigentümer vor dem Gebäudebau bezüglich des Sondereigentums keine Gemeinschaft bilden.

Die Rechtsbeziehungen der Wohnungseigentümer in Bezug auf das Sondereigentum lassen sich zusammengefaßt so charakterisieren, daß zwar mangels gemeinschaftlichen Eigentums eine schlichte Rechtsgemeinschaft nicht vorliegt, in Anbetracht des Zusammenwirkens aller Wohnungseigentümer auf

1) Riedel MDR 1951, 468

einen gemeinsamen Zweck hin jedoch ein Gemeinschaftsverhältnis besteht. Jeder Wohnungseigentümer hat nach den ihm kraft Gesetzes obliegenden Pflichten für das ungestörte Wohnen aller durch Instandhaltung seiner Wohnung sowie durch Unterlassen übermäßiger Benutzung Sorge zu tragen. Für die Erfüllung dieser Verpflichtungen erhält er nicht, wie bei den üblichen Schuldverhältnissen, eine Gegenleistung. Zweck seiner Leistung ist vielmehr die Gewährleistung geordneten und ungestörten Zusammenlebens aller Gemeinschaftler. Diesen Zweck verfolgen alle Wohnungseigentümer. Für das Vorliegen eines Gemeinschaftsverhältnisses der Wohnungseigentümer bezüglich des Sondereigentums spricht ferner der Umstand, daß die Wohnungseigentümer über die Benutzung des Sondereigentums Vereinbarungen treffen und Beschlüsse fassen können, deren Durchführung dem Verwalter nach § 27 WEG obliegt. Damit besteht auch im Hinblick auf das Sondereigentum ein bestimmtes Maß an Organisation, das für Gemeinschaftsverhältnisse typisch ist (1).

Als vorläufiges Ergebnis der bisherigen Untersuchungen ergibt sich, daß die Rechtsbeziehungen der Wohnungseigentümer untereinander gekennzeichnet sind durch das Bestehen zweier unterschiedlicher Rechtsverhältnisse. Während hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums eine besondere Form der schlichten Rechtsgemeinschaft besteht, ist das Rechtsverhältnis in Bezug auf das Sondereigentum als besonders gestaltetes Gemeinschaftsverhältnis zu werten. Grundlage beider Gemein-

1) Larenz, Schuldrecht, Besonderer Teil S. 319 ff

schaftsverhältnisse sind bestimmte Zuordnungstatbestände. Bei der Gemeinschaft hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums sind mehreren Rechtssubjekten, den Wohnungseigentümern, das Grundstück und Teile des Gebäudes gemeinschaftlich zugeordnet. Das Eigentumsrecht am Grundstück ist aufgestellt und steht jedem Gemeinschaftler zu einem Bruchteil zu. Dagegen fehlt diese gemeinsame Zuordnung im Bereich des Sondereigentums. Hier sind rechtlich verselbständigte Teile einer einheitlichen Sache den verschiedenen Wohnungseigentümern allein zugeordnet. Im Unterschied zu schlichten Rechtsgemeinschaft, bei der das Recht an einem Gegenstand in Bruchteile aufgeteilt ist, wurde in Bezug auf das Sondereigentum das Gebäude in Bruchteile aufgeteilt. Vollrechte an Teilen einer Sache stehen mehreren Personen zu. Die dingliche Rechtsbeziehung besteht somit in der Zuordnung von Teilen eines Gegenstandes an verschiedene Personen.

In Anbetracht dieser verschiedenartigen dinglichen Zuordnung ist für die rechtliche Charakterisierung der Wohnungseigentümergeinschaft das Verhältnis, das zwischen dem allen Gemeinschaftlern zugeordneten Miteigentum und dem jedem Gemeinschaftler allein zugeordneten Sondereigentum besteht, nicht ohne Bedeutung. Bei der Auseinandersetzung um die rechtssystematische Stellung des Wohnungseigentums hat diese Frage eine wesentliche Rolle gespielt. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann der Streitstand nicht erschöpfend erörtert werden. Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß man bei den Versuchen, das Wesen des Wohnungseigentum zu deuten, teils das Mit-

eigentum als primäres Recht angesehen hat (1), teils das Sondereigentum als entscheidendes Recht beurteilt hat (2), teils Miteigentum und Sondereigentum gleichrangig bewertet (3). Mehreren Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes ist zu entnehmen, daß der Miteigentümergeinschaft das größere Gewicht von dem Gesetzgeber verliehen wurde, Dies ergibt sich z. B. aus den Vorschriften über die Begründung des Wohnungseigentumsrechts (§§ 3, 8 WEG). Danach ist es zur Entstehung des Rechts nicht erforderlich, daß der Gegenstand des Sondereigentums, die Wohnungen, schon vorhanden ist. Denn es genügt die fiktive Einräumung von Sondereigentum an einem zu errichtenden Gebäude. Demgegenüber ist die Bildung von Miteigentumsteilen an dem Grundstück unabdingbare Voraussetzung der Entstehung von Wohnungseigentum. Ausgangspunkt für die Begründung der Gemeinschaft ist nach § 3 und § 8 WEG das Vorliegen einer schlichten Rechtsgemeinschaft an dem Grundstück (4). Demgemäß gelten die Vorschriften des WEG, vor allem die organisatorischen Regelungen für die Rechtsbeziehungen unter den Gemeinschaftern schon, bevor ein Gemeinschaftsverhältnis in Bezug auf das Sondereigentum, das erst mit Errichtung des Gebäudes entsteht, vorliegt. Bis zu dem Bau ist lediglich eine Gemeinschaft hinsichtlich des gemeinschaft-

-
- 1) Paulick; Zur Dogmatik des Wohnungseigentums in AcP 152, 420 ff; BGHZ 49, 250 ff; Weitnauer-Wirths, Vorb. 17 ff zum 1. Teil des WEG
 - 2) Börner; Das Wohnungseigentum und der Sachbegriff des bürgerlichen Rechts in "Festschrift für Dölle" Tübingen 1963, Seite 201 ff
 - 3) Bärmann, Großkommentar Einleitung Bem. IV = Seite 126 ff; derselbe AcP 155, 1 ff
 - 4) Tiekötter, S. 42 ff; Weitnauer-Wirths, Vorb. 18 zum 1. Teil des WEG

lichen Eigentums vorhanden, ohne die eine Gemeinschaft nach dem WEG überhaupt nicht bestehen kann. Mit der Fertigstellung des Gebäudes und der damit verbundenen Entstehung von der Wohnungseigentümergeinschaft, ist eine Änderung der Rechtslage im Hinblick auf die Geltung der WEG-Bestimmungen nicht verknüpft.

Unabhängig von dieser Gewichtsverteilung faßt das WEG die beiden bezüglich des gemeinschaftlichen Eigentums- und des Sondereigentums bestehenden Herrschaftsverhältnisse zu einem einheitlichen rechtlichen Gebilde zusammen. Entsprechend der engen räumlichen Beziehung, die tatsächlich zwischen Sondereigentümerbeziehung und Miteigentümerstellung besteht, liegt eine einheitliche Gemeinschaft vor (1).

Diese einheitliche Betrachtungsweise des Gesetzgebers folgt zunächst aus dem Umstand, daß wesentliche Bestimmungen des WEG für die Eigentümergemeinschaft als Zusammenfassung der beiden Gemeinschaftsverhältnisse gelten. Auf beide Bereiche der Gemeinschaft beziehen sich z. B.

§ 11 WEG, der die Unauflöslichkeit der Gemeinschaft festlegt,

§ 12 WEG, der die Möglichkeit von Veräußerungsbeschränkungen eröffnet,

§§ 18, 19 WEG, die den Anschluß eines Wohnungseigentümers aus der Gemeinschaft regeln,

1) Tiekötter, S. 11, 12, 59 ff

§ 22 Abs. 2 WEG, der unter bestimmten Voraussetzungen die Pflicht und Wiederaufbau des teilweise zerstörten Gebäudes begründet.

Die Zusammenfassung der beiden Gemeinschaftsverhältnisse zu einer Einheit ergibt sich auch daraus, daß die Eigentümergemeinschaft mit Organen (1) ausgestattet ist, die für die Gemeinschaft in ihrer Gesamtheit tätig werden und ein ordnungsgemäßes Zusammenleben der Wohnungseigentümer gewährleisten sollen. Von Bedeutung sind die Versammlung der Gemeinschaftler (§ 23 WEG) und der Verwalter (2). Diesen Organen obliegt allerdings in erster Linie die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 20 Abs. 1 WEG), da jeder Wohnungseigentümer das Sondereigentum selbst verwaltet. Im Rahmen der nach § 15, Abs. 1 WEG möglichen Gebrauchsregelung des Sondereigentums bestehen jedoch auch Eingriffsmöglichkeiten im Bezug auf das Sondereigentum, da die Versammlung der Wohnungseigentümer insoweit Beschlüsse fassen kann (§§ 15 Abs. 1, 23 WEG), die der Verwalter auszuführen hat. (§ 27 Abs. 1, 1 WEG) Wenn somit die Organisation der Gemeinschaft für den Bereich des Sondereigentums auch von geringerer Bedeutung ist, läßt sich gleichwohl nicht leugnen, daß die Gemeinschaftsorgane mit rechtlichen Befugnissen im Verhältnis zu beiden

-
- 1) Unter "Organen" werden hier Personen verstanden, die in die Gemeinschaft eingefügt sind und nicht - wie Vertreter - außerhalb der Gemeinschaft stehen; Soergel-Schultze- von Lasaulx, § 26 BGB Anm. 3
 - 2) Der fakultative Verwaltungsbeirat (§ 29 WEG) ist von geringer Bedeutung.

Gemeinschaftsverhältnissen ausgestattet sind.

Die Einheitlichkeit der Gemeinschaft zeigt sich schließlich angesichts des gemeinsamen übergeordneten Zwecks der beiden unterschiedlichen Gemeinschaftsverhältnisse. Ziel beider ist die Erhaltung des Wohnungseigentums und die Sicherung ungestörten Zusammenlebens der Gemeinschaftler. Das WEG bringt diese gemeinsame Zweckverfolgung z. B. in § 14 WEG zum Ausdruck, wonach die Benutzung des Sondereigentums insoweit eingeschränkt ist, als die Benutzung der in Miteigentum stehenden Grundstücksteile durch die übrigen Gemeinschaftler nicht beeinträchtigt werden darf.

Es bliebe nunmehr noch zu untersuchen, ob die oben dargelegte Rechtsnatur der beiden zu einer Einheit zusammengefaßten Gemeinschaftsverhältnisse nicht durch verschiedene Sonderregelungen des WEG und durch die Organisationsbestimmungen in Frage gestellt wird. Insbesondere die schon erwähnten §§ 11, 18, 19, 22 Abs. 2 WEG und die Organisationsregelung könnten gegen die rechtliche Einordnung der Eigentümergemeinschaft als Sonderform der bürgerlich-rechtlichen Gemeinschaft sprechen.

Zur schlichten Rechtsgemeinschaft, der die Wohnungseigentümergeinschaft nach der hier vertretenen Auffassung angenähert ist, steht zunächst die in § 11 WEG niedergelegte Unauflöslichkeit der Wohnungseigentümergeinschaft im Gegensatz. Während nach § 11 Abs. 1 Satz 1 WEG kein Wohnungseigentümer die Aufhebung der Gemein-

schaft verlangen kann (1), kann nach § 749 Abs. 1 BGB jeder Teilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Daraus entnimmt man, daß die bürgerlich-rechtliche Gemeinschaft nicht für Dauer bestimmt, sondern auf Teilung gerichtet ist. Ihr ist eigen, daß kein Teilhaber an sie gebunden sein soll. Die Bedeutung dieses Grundsatzes zeigt § 749 Abs. 2 BGB, wonach die Aufhebung zwar vertraglich ausgeschlossen oder an Kündigungsfristen gebunden werden, das Recht der Teilhaber, jederzeit und notfalls fristlos, "aus wichtigem Grund" zu kündigen, nicht rechtswirksam ausgeschlossen werden kann.

Dagegen bezweckt die nach § 11 Abs. 1 Satz 3 WEG unabdingbare Festlegung der Unauflöslichkeit die Sicherung der Wohnungseigentümergeinschaft. Deren dingliche Grundlage, die in der Zuordnung des Grundstücks an mehrere Personen besteht, soll erhalten bleiben. Zur Schaffung einer möglichst starken und gesicherten Rechtsstellung für den einzelnen Wohnungseigentümer, zur Stärkung des Rechtsinstituts Wohnungseigentum hat man den Bestand der Gemeinschaft vom Willen des einzelnen Gemeinschafters unabhängig gemacht und eine Auflösung durch den Gläubiger eines Gemeinschafters oder den Konkursverwalter ausgeschlossen (§§ 11 Abs. 2 WEG). Ohne die Bestimmung der Unauflöslichkeit hätte man das Ziel nicht erreicht, dem Inhaber des Wohnungseigentums mehr als ein beschränktes dingliches Recht zu verschaffen. Die Unauflöslichkeit ist als Garant der dauernden Erhaltung der Gemeinschaft von zentraler Bedeutung.

1) Der Fall des § 11, I 2 WEG soll hier außer Betracht bleiben.

Inwieweit dieser Kontrast zwischen schlichter Rechtsgemeinschaft und Eigentümergemeinschaft im Gegensatz zu den bisher gewonnenen Ergebnissen eine unterschiedliche rechtliche Einordnung nach sich zieht, hängt davon ab, was man als kennzeichnendes Kriterium der schlichten Rechtsgemeinschaft ansieht. Hält man die gemeinschaftliche Zuordnung eines Rechts, die "Gemeinschaft in der Rechtsinnehabung" (1) für den die Bruchteilsgemeinschaft prägenden Gesichtspunkt, so ergibt sich aus der Unauflöslichkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft, der ebenfalls die gemeinschaftliche Zuständigkeit des die Gemeinschaft prägenden Rechts eigen ist, kein ausschlaggebender Unterschied. Die Rechtsnatur beider Gemeinschaften ist primär von der Art und Weise der Rechtszuständigkeit beeinflusst, die in beiden Fällen dinglichen Charakter trägt. Die Unauflöslichkeit ändert daran nichts. Sie bedeutet vielmehr, daß die Rechtsbeziehungen zwischen den Wohnungseigentümern sich nicht nur -wie bei der schlichten Rechtsgemeinschaft, die oft unabhängig vom Willen der Gemeinschafter zufällig entsteht- in einer bloßen Interessenverbindung, in einer Regelung der Mitberechtigung, Verwaltung und Auseinandersetzung erschöpfen, sondern durch ein Dauerelement auszeichnen, das zur Stärkung des Wohnungseigentums unabdingbar war.

1) Esser, S. 307

Dem Gedanken der leichteren Aufhebbarkeit der schlichten Rechtsgemeinschaft entspricht es auch, daß Pflichten der Teilhaber gemäß § 22 Abs. 2 WEG nicht bestehen. Nach dieser Vorschrift sind die Wohnungseigentümer gegenseitig zum Wiederaufbau des Gebäudes verpflichtet, wenn dieses nicht mehr als zur Hälfte zerstört ist. Demgegenüber endet die schlichte Rechtsgemeinschaft im Falle der Zerstörung der gemeinsamen Sache. Ohne besondere Vereinbarung besteht keine Wiederinstandsetzungspflicht der Gemeinschaftler. Diese werden häufig ohne ihren Willen zusammengeschlossen. Die bei der Eigentümergemeinschaft gebotene Gewährleistung einer dauerhaften und intensiven Bindung, wie sie § 22 Abs. 2 WEG widerspiegelt, besteht deshalb bei der Gemeinschaft des bürgerlichen Rechts nicht. Obwohl die Pflicht zur Herbeiführung eines nicht vorhandenen Zustandes ein der schlichten Rechtsgemeinschaft fremdes Merkmal ist, gebietet der in der Praxis äußerst seltene Ausnahmetatbestand des §§ 22 Abs. 2 WEG keine Korrektur des hier vertretenen Ergebnisses, das von der dinglichen Zuordnung des Wohnungseigentumsrechts entscheidend beeinflußt ist. In Bezug auf das Miteigentum am Grundstück ändert die ganze oder teilweise Zerstörung des Gebäudes nichts; der Verlust des Gegenstandes des Sonder Eigentums soll durch die Verpflichtung zum Wiederaufbau entsprechend der dauerhaften und unzerstörbaren Natur der Gemeinschaft wieder ausgeglichen werden.

Es bleibt letztlich noch zu prüfen, ob die Regeln über die Organisation der Gemeinschaft nach dem

WEG, deren rechtlichen Einordnung als einer Gemeinschaft, die aus zwei unterschiedlichen Gemeinschaftsverhältnissen besteht, entgegensteht.

Der Eigentümergeinschaft ist, wie schon dargelegt wurde, eine Organisation eigen, welche die beiden Gemeinschaftsverhältnisse, die bezüglich Miteigentum und Sondereigentum bestehen, zu einer Einheit verbindet. Demgegenüber ist der bürgerlich-rechtlichen Gemeinschaft eine entsprechende Organisation nicht eigen, wenn auch die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Bestellung eines Verwalters nicht ausgeschlossen ist.

Organisatorisch zeigt die Eigentümergeinschaft gewisse Ähnlichkeiten mit den juristischen Personen, insbesondere dem Verein. Beide Personenverbände sind mit Organen ausgestattet, deren Befugnisse und Funktionen sich ähneln. Vergleichbar sind z. B. die Versammlung der Eigentümergeinschaft mit der Mitgliederversammlung des Vereins (§§ 23 WEG, 32 BGB). Auch in der Regelung der Verwalterbestellung zeigen sich Parallelen zu den Bestimmungen über den Vereinsvorstand (§§ 26 BGB, 27 WEG). Diese organisatorischen Gemeinsamkeiten beruhen darauf, daß das Gesetz in beiden Fällen der Gemeinschaft eine besondere Stellung eingeräumt und sie in starkem Umfang von Individualinteressen der einzelnen Gemeinschaftler unabhängig gestaltet hat. Der Bestand der jeweiligen Gemeinschaft soll trotz gegenteiligen Willens des einzelnen Mit-

glieds gewahrt sein. Die Organisation ist eine notwendige Konsequenz der vom Gesetz erstrebten Unanhängigkeit der Gemeinschaft vom Willen des Einzelnen. Die Organisation bei der Eigentümergemeinschaft war - wie das Prinzip der Unauflöslichkeit - durch den Zweck bedingt, das Wohnungseigentum zu erhalten und ein geordnetes Zusammenleben der Gemeinschaftler zu ermöglichen.

Diese Annäherung an den Verein ändert nichts an grundlegenden Unterscheidungen, die für die rechtliche Qualifizierung der Eigentümergemeinschaft hier als wesentlich angesehen werden.

Diese Unterschiede bestehen zunächst darin, daß der Eigentümergemeinschaft von dem Gesetzgeber nicht die Rechtsfähigkeit verliehen wurde. Da die Gemeinschaft nicht rechtsfähig ist, sind Träger von Rechten und Pflichten immer die Wohnungseigentümer selbst und kein von ihnen verschiedenes Rechtssubjekt. Noch bedeutsamer ist aber, daß der Verein eine freiwillige Personenvereinigung ist, während die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer sich als zwingende Konsequenz eines bestimmten dinglichen Zuordnungsstatbestandes darstellt. Die Organisationsbestimmungen des WEG dienen lediglich dazu, die aufgrund der Rechtszuordnung entstehende Gemeinschaft möglichst auch gegen den Willen eines Gemeinschaftlers zu garantieren und zu erhalten. Die von der dinglichen Zuordnung geprägte Rechtsnatur der Eigentümergemeinschaft bleibt daher trotz der vereinsähnlichen Organisation bestehen.

Als Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen

zur Rechtsnatur der Eigentümergemeinschaft ist folgendes festzuhalten:

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer läßt sich dogmatisch besser erfassen, wenn man sie trotz der vom WEG vorgesehenen einheitlichen Betrachtungsweise in zwei unterschiedliche Gemeinschaftsverhältnisse zerlegt und zwar in einer Gemeinschaft bezüglich des gemeinschaftlichen Eigentums und eine solche bezüglich des Sondereigentums.

Die erstgenannte Gemeinschaft, die auf der gemeinschaftlichen Zuordnung der nicht im Sondereigentum stehenden Grundstücksteile an die Wohnungseigentümer beruht, ist ein Unterfall der schlichten Rechtsgemeinschaft. Ihr entscheidendes Kennzeichen ist also die Rechtsmacht aus gemeinschaftlichem Recht, die gemeinschaftliche Zuständigkeit eines einzelnen Rechts. Wie bei der bürgerlich-rechtlichen Bruchteilsgemeinschaft sind von dieser dinglichen, die Art und Weise der Rechtszuständigkeit betreffenden Seite, die schuld- und personenrechtliche Seite zu unterscheiden, welche die Rechte und Pflichten der Teilnehmer untereinander und ihre Stellung bezüglich der gemeinschaftlich zu treffenden Maßnahmen betrifft. Auch hinsichtlich dieser obligatorischen Seite ähneln sich die Rechtsbeziehungen zwischen Wohnungseigentümern und Teilnehmern der schlichten Rechtsgemeinschaft.

Dagegen fehlt in Bezug auf das Sondereigentum eine gemeinsame Rechtszuordnung. Grundlage dieses Rechtsverhältnisses ist die Zuordnung recht-

lich verselbständiger Teile eines Grundstücks an die verschiedenen Wohnungseigentümer. Angesichts des Inhalts der Rechte, die das WEG für die Wohnungseigentümer hinsichtlich des Sondereigentums begründet, ist davon auszugehen, daß Rechtsbeziehungen zwischen den Wohnungseigentümern insoweit erst nach Fertigstellung des Gebäudes entstehen. Die für die bürgerlich-rechtliche Gemeinschaft charakteristische Zugehörigkeit eines Rechts zum Vermögen mehrerer Rechtssubjekte fehlt. Eine gewisse Ähnlichkeit zur schlichten Rechtsgemeinschaft ergibt sich jedoch gleichwohl daraus, daß die Rechte der Wohnungseigentümer in Bezug auf das Sondereigentum an einem einheitlichen Gegenstand bestehen. Daraus folgen Einschränkungen der mit der Zuordnung der Wohnung verbundenen Rechtsstellung, vor allem der Einwirkungs- und Ausschließungsmacht, wie sie dem dinglichen Recht regelmäßig eigen ist. Die durch das Gesetz anerkannte Beschränkung der Rechtsstellung an der Wohnung ist auch ein die schlichte Rechtsgemeinschaft kennzeichnendes Merkmal, da bei dieser jeder Teilnehmer ein durch die Mitberechtigung der Übrigen beschränktes Recht an dem ganzen ungeteilten Gegenstand hat (1). Wenn auch im Unterschied zur Miteigentümergemeinschaft bei der Gemeinschaft bezüglich des Sondereigentums eine Zerlegung der einheitlichen Sache in verschiedene Rechtsobjekte stattfindet, ergeben sich aus dem Umstand, daß Gegenstand des Sondereigentums jedes Wohnungseigentümers eine

1) Larenz, Schuldrecht Bes. Teil II, S. 321

natürliche Sache als ganzes ist und eine enge räumliche Beziehung zwischen den Wohnungen besteht, Parallelen zur Rechtsgemeinschaft. Man wird daher die Gemeinschaft in Bezug auf das Sondereigentum als einen der schlichten Rechtsgemeinschaft verwandten Gemeinschaftstypus bezeichnen können, der keiner der bekannten Personenvereinigungen unmittelbar vergleichbar ist.

Beide Gemeinschaftsverhältnisse sind durch das WEG zu einer selbständigen Einheit, der Wohnungseigentümergeinschaft zusammengefaßt. Diese ist nach Aufbau und Organisation ein einheitliches Gebilde. Die Aufgliederung in zwei unselbständige Gemeinschaftsverhältnisse erleichtert lediglich das dogmatische Verständnis der Gesamtheit. Sie vermittelt die Erkenntnis, daß die Eigentümergeinschaft ein Sonderfall der schlichten Rechtsgemeinschaft ist, der - wie diese - entscheidend von der dinglichen Zuordnung der Wohnungseigentumsrechte gekennzeichnet ist. An diesen Zuordnungstatbestand knüpft das Gesetz dann ein gesetzliches Schuldverhältnis unter den Mitberechtigten sowie gewisse personenrechtliche Verbindungen. Diese von der Art und Weise der Rechtszuständigkeit entscheidend beeinflusste Beurteilung der Rechtsnatur der Eigentümergeinschaft ändert sich nicht dadurch, daß die Eigentümergeinschaft im Gegensatz zu der regelmäßig zufällig entstehenden und nur vorübergehenden schlichten Rechtsgemeinschaft unauflöslich ist. Auch die gesetzlich vorgesehene Wiederaufbaupflicht (§ 22 Abs. 2 WEG), sowie die Möglichkeit der Ausschließung eines Mitglieds sind lediglich als Ausnahmetatbestände

zu werten, die das oben genannte Ergebnis nicht entscheidend beeinflussen.

Nach dieser Bestimmung der rechtlichen Kriterien, die für die Wohnungseigentümergeinschaft maßgeblich sind, hängt die Stellungnahme zu der verfahrensrechtlichen Behandlung der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft entscheidend davon ab, ob

schon vor der Eintragung der Wohnungseigentümer im Wohnungsgrundbuch ein Rechtsgebilde vorliegt, das der rechtlichen Struktur der vollzogenen Gemeinschaft entspricht,

von welchem Entwicklungsstadium zur Wohnungseigentümergeinschaft hin ein solches Gebilde vorliegt,

das Gebot der Grundbucheintragung entgegensteht, entstandene und zukünftige Gemeinschaft rechtlich gleich zu bewerten.

b) Die nicht eingetragene Gemeinschaft

Die Beurteilung der Frage, ob schon vor der Eintragung der Wohnungseigentümer im Grundbuch eine der Eigentümergeinschaft gleich zu bewertende Personenvereinigung entstehen kann, erfordert eine nähere Untersuchung der Entwicklungsstadien bis zur Eintragung hin. Dabei sind rechtliche und faktische Entwicklung zu trennen, wenn auch beiden Entwicklungsarten ein mehrgliedriger Entstehungstatbestand eigen ist.

aa) Die rechtlichen Entwicklungsstadien

Das WEG kennt zwei Wege, um Wohnungseigentum und damit auch - gegebenenfalls in Verbindung mit einer Übertragung von Wohnungseigentumsrechten - die Eigentümergemeinschaft zu begründen (1). Nach § 2 WEG entsteht Wohnungseigentum durch die vertragliche Einräumung von Sondereigentum (§ 3 WEG) oder durch Teilung (§ 8 WEG). Beide Begründungsarten sind rechtlich mehrstufig.

Die Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG erfolgt, wenn eine Mehrheit von Personen, die schon Bruchteilseigentümer eines Grundstücks sind oder dieses ad hoc erwerben, einen Bau in der Form von Eigentumswohnungen zu errichten oder einen fertigen Bau als solchen in Wohnungseigentum aufteilen wollen. Im Falle der Neuerrichtung des Gebäudes bedarf es einer vorherigen Festlegung des Inhalts des Sondereigentums sowie der Festlegung der Gemeinschaftsordnung. Allgemein erfolgt dies in "Betreuungsverträgen" (2),

-
- 1) Die wirtschaftlichen Begründungsformen sind zwar vielfältig, halten sich aber sämtlich innerhalb der vom Gesetz zur Verfügung gestellten Formen. In der vorliegenden Arbeit werden sie daher im Rahmen der ihnen entsprechenden rechtlichen Entwicklungsstufe behandelt. Dies war schon deshalb notwendig, weil eine einheitliche Nomenklatur für die verschiedenen wirtschaftlichen Entwicklungsformen sich noch nicht durchgesetzt hat und zahlreiche Mischtypen eine Festlegung erschweren. Darauf weist Bärmann: "Zur Sicherung des Käufers von Grundeigentum, insbesondere Wohnungseigentum bis zum Eigentumserwerb" in: Das Haus 1967, S. 28 ff unter eingehender Behandlung der verschiedenen wirtschaftlichen Begründungsformen ausdrücklich hin. Vgl. auch Bärmann: Praxis des Wohnungseigentums, S. 4 ff
 - 2) Bärmann, Das Haus 1967, S. 30; derselbe, Praxis S. 5 ff

die mit Unternehmen oder Architekten abgeschlossen werden.

Daneben ist wirtschaftlich im Rahmen des § 3 WEG noch der "Trägerbau" (1) bedeutsam. In diesem Fall verkauft ein Unternehmer ein Grundstück an mehrere Bewerber zum Miteigentum, die gleichzeitig die Einräumung von Sondereigentum vereinbaren oder der Unternehmer verpflichtet sich zur Übereignung bestimmter Eigentumswohnungen in dem noch zu erstellenden Gebäude gegen die Verpflichtung der "Anwärter" zur Mitfinanzierung und Mitwirkung.

Das Gesetz geht bei der vertraglichen Einräumung von Sondereigentum davon aus, daß die künftigen Wohnungseigentümer bereits Miteigentümer des Grundstücks (oder Erbbaurecht) sind oder spätestens (2) gleichzeitig mit der Vollendung der Einräumung von Sondereigentum durch Eintragung erwerben. Erster Schritt bei dieser Entstehungsmodalität (3), der rechtliche Wirkung zu äußern vermag, kann der Abschluß eines Vertrags zwischen den künftigen Wohnungseigentümern sein.

1) Bärmann, Das Haus 1967, S. 30, derselbe, Praxis S. 6

2) Weitnauer-Wirths, § 3 Rdn. 4

3) Der Gesetzgeber sah diese Begründungsform als Regel, die Teilung nach § 8 WEG als Ausnahme an. In der Praxis hat sich dieses Regel-Ausnahmeverhältnis umgekehrt. Vgl. Bärmann, Das Haus 1967, S. 28

Damit begründen diese die Verpflichtung, einen Vertrag zur Entstehung von Wohnungseigentum abzuschließen (1).

Daran knüpft sich der Abschluß des obligatorischen Rechtsverhältnisses über die Inhaltsänderung (2) des schon bestehenden oder gleichzeitig zu begründeten Miteigentums durch Einräumung von Sondereigentum an. Dieser bedarf nach § 5 Abs. 3 WEG der Form des § 313 BGB.

Die von diesem schuldrechtlichen Rechtsgeschäft zu trennende dingliche Einigung der Beteiligten, die der für die Auflassung vorgeschriebenen Form bedarf (§ 4 Abs. 2 WEG), wird in der Praxis schon wegen des auch bei Einräumung von Sondereigentum anwendbaren § 925 a BGB (3) regelmäßig zusammen mit dem obligatorischen Geschäft erklärt.

Die Trennung von schuldrechtlichen und dinglichem Rechtsgeschäft bei der Begründung von

-
- 1) Zu den Formproblemen, die im Zusammenhang mit solchen Verträgen sich gestellt haben, vgl. BGH NJW 1965, 812 und 1014 (Anm. von Bieberstein)
 - 2) Das Gesetz verwendet den Begriff "Beschränkung" des Miteigentums. Da das Miteigentum an den zum Sondereigentum gehörenden Räumen aufgehoben wird, sollte man besser von "Inhaltsänderung" des Miteigentums sprechen.
 - 3) Soergel-Baur, § 4 WEG, Anm. 1, Lutter, AcP 164, 122 ff; Bärman Großkommentar § 4 Bem. 10; derselbe, Praxis S. 51; aA Weitnauer-Wirths § 4 Anm. 5

Wohnungseigentum nach §§ 3, 4 WEG führt zu einem Sicherungsbedürfnis des nur obligatorisch Berechtigten. Um auszuschließen, daß der Anspruch auf dingliche Rechtsänderung vereitelt wird, ist im Bereich des Wohnungseigentums anerkannt, daß der Anspruchsberechtigte sich durch Eintragung einer Vormerkung sichern lassen kann (1). Je nachdem, ob das Grundstück schon im Miteigentum der zukünftigen Wohnungseigentümer steht oder noch ungeteilt ist, werden lediglich der Anspruch auf Inhaltsänderung des Miteigentums durch Einräumung von Sondereigentum oder die Ansprüche auf Verschaffung von Miteigentum und Einräumung von Sondereigentum durch Vormerkung gesichert. Denn da nicht nur der Anspruch auf Übertragung eines Grundstücksrechts, sondern auch derjenige auf Inhaltsänderung Gegenstand einer Vormerkung sein kann, bestehen keine rechtlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit dieser Sicherungsmittel. Praktisch bedeutsam kann dies bei dem oben erwähnten "Trägerbau" werden. Auch der Anspruch aus dem schon aufgeführten Vorvertrag kann durch Vormerkung gesichert werden. Damit wird der zur Übertragung von Miteigentum bzw. Einräumung von Sondereigentum Verpflichtete gehindert, mit rechtlicher Wirkung gegenüber dem Berechtigten über das Miteigentum zu verfügen oder Sondereigentum einem anderen Rechtssubjekt zu gewähren.

1) Bärmann, § 4 Bem. 4; Soergel-Baur, § 4 Bem. 3; Weitnauer-Wirths, § 3 Rdn. 4 e; Glage, Wohnungseigentum und Vormerkung, NJW 1967, 813; von Barby: Die vorläufige Sicherung des Kaufanwärters von Eigenheimen und Wohnungseigentum durch Vormerkung, NJW 1972, 8 ff

Davon abgesehen wird der durch Vormerkung gesicherte Anspruch im Falle des Konkurses des Verpflichteten nach § 24 KO wie ein beschränkt dingliches Recht behandelt.

Neben der Einigung der Miteigentümer über die Einräumung des Sondereigentums bedarf die vertragliche Begründung von Wohnungseigentum der Eintragung. Das Grundbuchamt nimmt diese Eintragung aber nicht von Amts wegen, sondern -wie regelmäßig- nach § 13 GBO auf Antrag vor (1). Die Bedeutung eines solchen Antrags auf Eintragung der Rechtsänderung liegt zunächst im verfahrensrechtlichen Bereich. Nach § 17 GBO hat von mehreren Eintragungen, die dasselbe Recht betreffen, die früher Beantragte vor der später Beantragten zu erfolgen. Für die Reihenfolge der Eintragung in einer Abteilung des Grundbuchs ist die zeitliche Reihenfolge der Anträge maßgebend (§ 45 Abs. 1 GBO).

Davon abgesehen kommt dem Eintragungsantrag aber auch materiell-rechtliche Bedeutung zu. So wirken Verfügungsbeschränkungen, die den Verfügenden treffen, sich nicht mehr aus, wenn sie eintreten, nachdem der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt gestellt und die Einigung bindend erklärt wurde. Wesentlich ist der Antrag ferner nach § 892 Abs. 2 BGB für den Zeitpunkt der "Gutgläubigkeit" bei einem Erwerb vom Nichtberechtigten. Praktisch ist besonders bedeutsam, daß der Erwerber bei bindender Einigung und erteilter Eintragungsbewilligung insofern eine ge-

1) Bärmann, Großkommentar, § 7 Bem. 3 = S. 310

sicherte Rechtsstellung erlangt hat, als mit der Stellung seines Eintragungsantrags beim Grundbuchamt die Rechtsänderung im Grundbuch vollzogen werden muß. Jedenfalls für den Fall, daß ein Eintragungsantrag des Rechtserwerbers vorliegt, bejaht die Rechtsprechung ein Anwartschaftsrecht (1).

Während man somit bei der vertraglichen Begründung von Wohnungseigentum als Entwicklungsstufen zwischen Vorvertrag, schuldrechtlicher Vereinbarung über die Einräumung von Sondereigentum, dinglicher Bestellung des Wohnungseigentums selbst, Vormerkungsbestellung und Vorliegen eines Eintragungsantrags (bei gleichzeitigem Vorliegen von bindender Einigung und Eintragungsbewilligung) unterscheiden kann, entsteht bei der anderen vom WEG vorgesehenen Begründungsmodalität, der einseitigen Teilungserklärung des Grundstückseigentümers nach § 8 WEG Wohnungseigentum allein durch Teilungserklärung gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung. Diese Inhaltsänderung des Eigentums läßt noch keine Gemeinschaft entstehen (2). Die durch die Eintragung im Wohnungsgrundbuch entstandenen Wohnungseigentumsrechte sind zwar rechtlich selbstständig; sie sind aber nur einem Rechtssubjekt zugeordnet. Allein die Auflösung des Alleineigentums in Bruchteile, die mit Sondereigentum verbunden sind und die Eintragung dieses Vorgangs in das Grundbuch, schafft noch keine Zuordnung des Rechts an mehrere Rechtssubjekte.

1) BGHZ 49, 197

2) BayObLG, NJW 1969, 337; Palandt 75. Aufl. 1969, 1350

Es fragt sich jedoch, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen bei einer Veräußerung einzelner Wohnungseigentumsrechte an Dritte eine Gemeinschaft nach dem WEG entsteht. Genügt dafür schon der Abschluß von Vorverträgen mit Interessenten, dem in der Praxis bei der Bildung von Wohnungseigentum im sogenannten Vorratsbau (1) als "Bewerbervertrag" (2) oder "Anwärtervertrag" eine erhebliche Bedeutung zukommt? Ist darüber hinaus zur Entstehung der Gemeinschaft ein wirksamer Kaufvertrag über den Erwerb des Wohnungseigentumsrechts oder sogar eine dingliche Sicherung des Anspruchs auf Rechtsübertragung durch Bestellung einer Vormerkung zugunsten des Erwerbers erforderlich (3) ?

-
- 1) Bärmann, Praxis, S. 4 ff; Das Haus 1967, 29 f. So bezeichnet man die am meisten praktizierte Form der Begründung von Wohnungseigentum. Darunter versteht man die Bebauung eines Grundstücks mit Wohnungen durch einen Eigentümer, der nach Gebäudeerstellung Wohnungen verkauft.
 - 2) Der Begriff "Bewerbervertrag" wird nicht einheitlich gebraucht. Neben der rechtlichen Einordnung als Vorvertrag kann dieser Vertrag je nach Sachlage auch ein Kaufvertrag (BGH WM 1964, 679; BGH 1965, 315; 1965, 679; 1966, 89), ein Werkvertrag, ein Werklieferungsvertrag (BGH WM 1969, 296), ein Geschäftsbesorgungsvertrag (BGH WM 1969, 296) sein. Nähere Ausführungen zu diesen Vertragsgestaltungen sind in dem Aufsatz von Mattern: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Eigenheimbewerbervertrag enthalten WM 1972, 670 ff.
 - 3) Eine Vormerkung kann schon vor der Teilung der Grundstücke bestellt werden, wenn ein Anspruch auf Übertragung eines ideellen Miteigentumsanteils und auf Bildung eines damit zu verbindenden Sondereigentums besteht, vgl. von Barby, NJW 1972, 8 ff; Glage, NJW 1967, 814; Bärmann, Großkommentar, § 4 Anm. 14

Welche rechtliche Wirkung kommt dem Vorliegen einer dinglichen Einigung über die Rechtsübertragung oder dem Antrag beim Grundbuchamt auf Eintragung der Rechtsänderung für die Begründung der Eigentümergemeinschaft zu? Eine Antwort auf diese Fragen wird im Zusammenhang mit der Bestimmung der für die vor Gemeinschaft erforderlichen rechtlichen Kriterien gegeben.

bb) Die faktischen Entwicklungsstadien

Neben den rechtlichen Entwicklungsmodalitäten gibt es noch verschiedene faktische Eingliederungsformen bei der Entstehung der Gemeinschaft, die rechtlich relevant sein können. Insoweit sind zu unterscheiden zwischen dem Stadium vor Errichtung des Gebäudes, dem Zustand nach Fertigstellung der Wohnungen und schließlich der Wohnungsübergabe an die einzelnen Wohnungseigentümer.

Im Ergebnis sind für das Entstehen des Wohnungseigentums und somit auch der Eigentümergemeinschaft das Vorliegen mehrerer Tatbestandsmerkmale erforderlich, die nach und nach verwirklicht werden. In diesem Zeitraum sind unterschiedliche rechtliche und faktische Entwicklungspositionen erkennbar.

III. Lösung

Es stellt sich nunmehr die Frage, von welchem Durchgangsstadium in der Entwicklung auf das Wohnungseigentumsrecht als Vollrecht eine Rechtsent-

wicklung vorliegt, die eine rechtliche Gleichstellung der Eigentumsanwärter mit den Wohnungseigentümern rechtfertigt.

Da nach den oben dargelegten Überlegungen (1) die vollzogene Eigentümergeinschaft entscheidend von der dinglichen Zuordnung der Wohnungseigentumsrechte geprägt ist, müssen die zukünftigen Wohnungseigentümer zunächst eine Rechtsposition erlangt haben, die die Verwirklichung des Rechtserwerbs unabhängig vom Willen einzelner Beteiligter gewährleistet. Rechtlichen Schutz verdient eine Vorstufe beim Erwerb des Wohnungseigentumsrechts erst, wenn von mehreren Akten des Erwerbsstatbestandes so viel realisiert sind, daß die Erwerbsaussicht zur Entstehung des Vollrechts unabhängig vom Mitwirken eines zukünftigen Gemeinschafters gegeben ist bzw. durch einseitige Erklärung eines Verpflichteten nicht mehr beeinträchtigt werden kann. Solange die Begründung der Rechtszuordnung noch von dem Belieben eines einzelnen Rechtssubjektes abhängt, solange also die Entstehung des Wohnungseigentumsrechts nicht gesichert ist, ist eine Anwendung der Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes, die von der Zuordnung des Rechts ausgehen, nicht gerechtfertigt.

Unter den verschiedenen, oben näher erörterten rechtlichen Entwicklungsformen bei der Begründung von Wohnungseigentum erfüllen die Voraussetzungen, die an eine vom Willen der Beteiligten unabhängige Rechtsposition zu stellen sind, folgende:

Liegt bei der Entstehung von Wohnungseigentum nach

1) S. 115 ff der Arbei

§ 3 WEG ein schuldrechtlicher Vertrag über die Änderung des Miteigentums durch Einräumung von Sondereigentum oder über die Verschaffung von Miteigentum und Begründung von Sondereigentum vor und ist der entsprechende obligatorische Anspruch durch eine Vormerkung gesichert, so ist jeder Eigentumsanwärter, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, rechtlich gesichert. Verfügt der von der Vormerkung Betroffene nämlich über das Miteigentumsrecht, so ist diese Verfügung gegenüber dem durch Vormerkung Geschützten insoweit unwirksam, als sie den Anspruch auf Einräumung von Sondereigentum beeinträchtigen oder vereiteln würde (§§ 883 Abs. 2, 888 BGB). Der rechtsgeschäftlichen Einwirkung sind Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung und durch den Konkursverwalter gleichgestellt. Der Anspruch des Wohnungseigentumsanwärters auf dingliche Rechtsänderung, auf Entstehung von Wohnungseigentum ist gesichert. Ebenso ist der Anspruch des Käufers von Wohnungseigentum, das durch Teilungserklärung nach § 8 WEG gebildet wurde, gegen Verfügungen (z. B. Veräußerungen oder Belastungen des Wohnungseigentumsrechts), die nach Eintragung einer Vormerkung getroffen wurden, wirksam geschützt. Die rechtliche Entstehung der Eigentümergemeinschaft kann somit nicht durch einen einzelnen Miteigentümer bzw. den Verkäufer von Wohnungseigentumsrechten vereitelt werden, sobald Vormerkungen zur Sicherungen der obligatorischen Ansprüche auf Einräumung von Sondereigentum oder Übertragung von Miteigentum bestellt und eingetragen sind.

Entsprechend den Grundsätzen, die man für das Entstehen eines Anwartschaftsrechts auf Erwerb von

Grundstücksrechten herausgearbeitet hat (1), wird man eine rechtliche geschützte Position des zukünftigen Wohnungseigentümers ferner bei folgender Fallgestaltung annehmen können. Haben sich die Eigentumsanwärter über die Einräumung des Sonder Eigentums geeinigt und ist der Antrag eines Anwärters auf Eintragung des Wohnungseigentums beim Grundbuchamt gestellt, so steht dem Antragsteller als Empfänger der Einigungserklärung eine gesicherte Rechtsposition zu (2). Denn das Grundbuchamt muß den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung vor den zeitlich nachfolgenden Anträgen erledigen (§ 17 GBO). Aus dem gleichen Grund erlangt der Käufer von Wohnungseigentum, das nach § 8 WEG bestellt wurde, eine rechtlich geschützte, vom Veräußerer unabhängige Rechtsstellung, deren Vorliegen den Eintritt des dinglichen Erwerbstatbestandes gewährleistet, wenn das dingliche Rechtsgeschäft abgeschlossen ist, der Erwerber den Antrag auf Umschreibung gestellt hat und dieser Antrag nicht durch Zurückweisung oder Zurücknahme erledigt ist.

Demgegenüber gewährleisten schuldrechtliche Ansprüche, die auf die Begründung oder den Erwerb von Wohnungseigentum gerichtet sind, allein noch nicht die Zuordnung eines Wohnungseigentumsrechts. Diese Ansprüche bewirken keine unmittelbare Änderung der Rechtszuständigkeit; sie lassen die dingliche Rechtslage im Sinne der unmittelbaren Herrschaftsmacht über eine Sache unberührt und beeinflussen

1) Raiser, Dingliche Anwartschaften; BGHZ 49, 197 (201)

2) Vgl. zum entsprechenden Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers, der einen Umschreibungsantrag beim Grundbuchamt gestellt hat: BGHZ 49, 197 (201); Erman -Ronke, § 925 Anm. 6 e

nur die Beziehungen der Rechtssubjekte, welche die Rechtsgüter beherrschen (1). Ebensovienig reicht die sachenrechtliche Einigung über die Entstehung von Wohnungseigentum oder diejenige über den Erwerb eines Wohnungseigentumsrechts aus, um die Erfüllung des Entstehungs- bzw. Erwerbsstatbestandes rechtlich hinreichend zu sichern. Die bloße dingliche Einigung mag zwar eine Bindung in dem Sinne herbeiführen, daß der Veräußerer oder der Besteller des Wohnungseigentumsrechts sie nicht widerrufen kann (§ 873 Abs. 2 BGB). Die Bindung besteht aber nur zwischen den Beteiligten. Sie hat keine Verfügungsbeschränkungen des Veräußerers zur Folge. Dem Rechtserwerb eines Dritten steht nichts entgegen. Selbst dann, wenn der Veräußerer von Wohnungseigentum bzw. der Besteller einen Eintragungsantrag gestellt hat, besteht keine gesicherte Rechtsstellung des Erwerbers, da der Antrag jederzeit wieder zurückgenommen werden kann.

Rechtlich gesichert ist -im Falle des § 3 WEG - die Begründung oder -im Falle des § 8 WEG- der Erwerb des Wohnungseigentumsrechts erst mit Eintragung einer Vormerkung oder dann, wenn der Erwerber des Rechts den Antrag auf Eintragung desselben beim Grundbuchamt gestellt hat und dieser Antrag nicht durch Zurückweisung erledigt ist. Die materiellen Rechtssätze des Wohnungseigentumsgesetzes, die das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander regeln und damit für den besonderen Fall der Wohnungseigentümergeinschaft geschaffen sind, können vor vollständiger Entstehung des Woh-

1) Westermann, Sachenrecht, S. 5

nungseigentumsrechts infolge Grundbucheintragung ohne besondere Vereinbarung der Wohnungseigentumsanwärter (1) nur in diesen beiden Fällen angewendet werden. Solange die Vollendung dieser gemeinschaftlichen Rechtszuständigkeit rechtlich nicht gewährleistet ist, scheidet eine Rechtsgestaltung des Innenverhältnisses der Eigentumsanwärter durch Normen aus, die auf eine ganz bestimmte Form der Rechtszuordnung zugeschnitten sind (2). Vor diesem Ent-

-
- 1) Außer Betracht bleiben soll hier die Frage, ob die zukünftigen Wohnungseigentümer schon vor dieser Entwicklungsstufe die Geltung von Bestimmungen des WEG zur Regelung ihrer Beziehungen vereinbaren können. Da die Regelung des Innenverhältnisses zwischen den Wohnungseigentumsanwärtern weitgehend der Parteidisposition unterliegt, kann man dies grundsätzlich für zulässig halten. Innerhalb der vorliegenden Arbeit sind die Ausführungen über die Anwendbarkeit materieller Vorschriften des WEG nur Mittel zum Zweck, die verfahrensrechtliche Behandlung der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft zu klären. Da der § 43 WEG als zwingende Zuständigkeitsregelung nicht disponibel ist, könnte der Lösung dieses Problems nur die Klärung der Frage dienen, ob und gegebenenfalls wann die materiellen WEG-Vorschriften ohne besondere Vereinbarung der Anwärter anzuwenden sind.
 - 2) Im Widerspruch zu dieser Auffassung scheint die Meinung zu stehen, die Grundsätze zur faktischen Gesellschaft seien auf die vollzogene, aber nichtige Wohnungseigentümergeinschaft anwendbar (Gaberdiel, NJW 72, 847 ff (849); Weitnauer-Wirths § 6 WEG, Anm. 6 b und e; Soergel-Baur § 3 Anm. 7; Bärman, Großkommentar, S. 156 ff; Däubler DNotZ 1964, 216 ff). Die Grundsätze über die faktische Gesellschaft sollen jedoch erst nach der Eintragung der Wohnungseigentumsrechte im Grundbuch gelten (Gaberdiel a.a.O. S. 851); die vorliegenden Untersuchungen betreffen die Rechtslage vor Eintragung. Davon abgesehen, begegnet die Anwendung der Grundsätze über die faktische Gesellschaft im Bereich des Wohnungseigentums deshalb Bedenken, weil die Wohnungseigentümergeinschaft eine Sonderform der bürgerlich-rechtlichen Gemeinschaft ist. Nach allgemeiner Ansicht (BGH, NJW 1954, 231 = BGHZ 11, 190 (191); BGH, NJW 1961, 1299; Soergel-Schultze-von Lasaulx vor § 741 Bem. 19) gelten die im Bereich des Gesellschaftsrechts entwickelten Überlegungen nicht für das Gemeinschaftsrecht.

wicklungsstadium besteht keine ausreichende rechtliche Garantie für die Entstehung des Wohnungseigentumsrechts. Eine der dinglichen Zuordnung des Wohnungseigentumsrechts vergleichbare dingliche Rechtsposition liegt noch nicht vor. Ohne die Sicherung dieser Rechtszuständigkeit, deren Konsequenz die Geltung der Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes ist, kann man eine Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes nicht rechtfertigen. Jedenfalls können zwingende Rechtsnormen des Gesetzes, die von der Zuordnung eines bestimmten, seinem Inhalt nach besonders gearteten Rechtes ausgehen, solange nicht gelten, als die Begründung der Rechtszuordnung noch von dem Belieben eines einzelnen Rechtssubjektes abhängt.

Bei der Analyse der Wohnungseigentümergeinschaft wurde oben dargelegt (1), daß die Aufspaltung der Gemeinschaft in zwei bezüglich des Objektes unterschiedliche Gemeinschaftsverhältnisse zur rechtlichen Einordnung erforderlich ist. Das Gemeinschaftsverhältnis, das im Hinblick auf das Sondereigentum besteht, beruht auf der engen räumlichen Beziehung zwischen den Wohnungseigentümern. Dies ergab sich bei näherer Untersuchung der im WEG (§§ 13 Abs. 1, 14, 15) festgelegten Rechte und Pflichten der einzelnen Wohnungseigentümer untereinander in Bezug auf das Sondereigentum an einer Wohnung.

Für die Entstehung der durch Grundbucheintragung vollzogenen Wohnungseigentümergeinschaft verzichtet das Gesetz (§§ 3, 8 WEG) auf das Vorliegen der Wohnung als Gegenstand des Sondereigentums.

1) S. 119 f der Arbeit

Ihm genügt die fiktive Einräumung von Sondereigentum. Damit stellt sich die Frage, ob die materiell rechtlichen Bestimmungen des Gesetzes vor der Grundbucheintragung allein aufgrund der rechtlichen Sicherung, daß Wohnungseigentum entstehen wird, anwendbar sind oder ob darüber hinaus ihre Anwendung die räumliche Beziehung voraussetzte, die mit der Inbesitznahme, die regelmäßig mit dem Bezug der Wohnungen zusammenfällt, verbunden ist.

In Zusammenhang mit der rechtlichen Qualifikation der Eigentümergemeinschaft wurde schon dargelegt (1), daß rechtlichen Beziehungen der Gemeinschafter hinsichtlich des Sondereigentums erst nach der Fertigstellung des Gebäudes und Inbesitznahme der Wohnungen entstehen. Vor allem sind Herrschaftsrechte im Sinne von § 13 WEG nicht denkbar, solange das zu beherrschende Objekt, die Wohnung, nicht existiert. Auch Pflichten, die sich nach § 14 WEG aus dem Sondereigentum ergeben oder Gebrauchsregelungen des Sondereigentums gemäß § 15 WEG sind gegenstandslos, bis die im Sondereigentum stehenden Wohnungen tatsächlich entstanden sind.

Insgesamt ist festzustellen, daß ein Gemeinschaftsverhältnis bezüglich des Sondereigentums erst mit Fertigstellung und Inbesitznahme der Wohnungen entsteht. Denn die Grundlage dieser Gemeinschaft ist nicht die Einräumung von Miteigentum, sondern die Zuordnung der Wohnungen als rechtlich verselbständigte Gegenstände, die tatsächlich Teile einer Sache sind an verschiedene Wohnungseigentümer. Das tatsächliche Nebeneinanderleben der Gemeinschafter

1) S. 127 der Arbeit

an rechtlich verselbständigten Gegenständen ist somit neben der rechtlichen Komponente der gemeinschaftlichen Rechtszuordnung des Miteigentums Voraussetzung des Gemeinschaftsverhältnisses.

Steht somit fest, daß die rechtliche Einordnung der Wohnungseigentümergeinschaft von der dinglichen Zuordnung des Wohnungseigentumsrechts und dem Vorliegen eines bestimmten faktischen Zustandes bestimmt ist und daß ferner die Entstehung dieses Zuordnungstatbestandes unter bestimmten Voraussetzungen schon vor der Grundbucheintragung gewährleistet ist, so hängt die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit materieller Vorschriften des Wohnungseigentums auf die werdende Eigentümergemeinschaft lediglich noch davon ab, ob der Vollzug des sachenrechtlichen Erwerbstatbestandes durch Eintragung des Wohnungseigentums im Grundbuch als unabdingbare Grundlage der Anwendung anzusehen ist (1). Eine solche Bedeutung der Grundbucheintragung käme dann in Betracht, wenn die Eintragung ausschließlich rechtserzeugender Natur wäre, das Gesetz also die Geltung des gesamten Wohnungseigentums auf die Zeit nach der Eintragung bestimmt hätte. Eine Stellungnahme zu dieser Frage erfordert eine Auseinandersetzung mit der rechtlichen Bedeutung der Grundbucheintragung im Sinne der §§ 4 und 8 WEG. Soweit ersichtlich ist

1) Es sei noch einmal betont, daß im Rahmen dieser Arbeit die Frage nach der Anwendbarkeit von Vorschriften, welche die Eintragung voraussetzen, unerörtert bleibt, weil der Gesetzgeber deren Geltungsbereich ausdrücklich auf die Zeit nach der Eintragung beschränkt hat.

die hier zu behandelnde Problematik noch nicht unter diesem Gesichtspunkt erörtert worden.

Die Grundbucheintragung ist ein Staatsakt, der dem öffentlichen Interesse an der Sichtbarkeit der Rechtslage der Liegenschaften dient (1). Solche Hoheitsakte sind konstitutiver oder deklaratorischer Natur. Bewirkt die obrigkeitliche Tätigkeit des Eintragens in das Grundbuch einen rechtlichen Erfolg, eine Rechtsänderung, so ist sie konstitutiv (2); verlautbart die Eintragung nur eine bereits durch das private Rechtsgeschäft eingetretene rechtliche Wirkung, so ist sie deklaratorischer Natur.

Im Bereich des Wohnungseigentumsgesetzes bewirkt die Eintragung zunächst eine Rechtsänderung. Zur Einräumung von Sondereigentum und der damit gleichzeitig verbundenen Inhaltsänderung des Miteigentums ist die Eintragung im Grundbuch erforderlich (§ 4 Abs. 1 WEG). Auch die Teilung von Alleineigentum in Wohnungseigentumsrechte wird erst mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher wirksam (§ 8 Abs. 2 Satz 2 WEG). Insoweit kommt der Eintragung entsprechend allgemeinen liegenschaftsrechtlichen Grundsätzen (§ 873 BGB) konstitutive Bedeutung zu.

Durch diese Qualifikation der Eintragung als konstitutiver Akt ist aber nicht ausgeschlossen, daß die Eintragung auch deklaratorische Züge trägt. Der Eintragungsakt kann gleichzeitig rechtserzeugende und rechtsbekundende Wirkungen

1) Staudinger-Ring, § 873 Anm. 76

2) Meikel-Imhof-Riedel, Grundbuchrecht, § 13 V 9

äußern (1).

Deklaratorisch kann die Grundbucheintragung hier insoweit wirken, als sie das Bestehen der Wohnungseigentümergeinschaft, die schon vor Eintragung entstanden ist, verlautbart. Sieht man von einzelnen -meist technischen- Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes ab, welche die Eintragung voraussetzen (z. B. Schließung der Grundbücher), so ist die vor der Eintragung entsprechend den obigen Darlegungen entstandene Gemeinschaft identisch mit derjenigen nach der Grundbucheintragung. Diese Gemeinschaft ist unabhängig von der Grundbucheintragung aufgrund eines bestimmten rechtlichen Entwicklungsprozesses entstanden. Die Eintragung publiziert diesen bereits außerhalb des Grundbuchs vollzogenen Vorgang. Damit steht aber auch einer Anwendung der Vorschriften nichts entgegen, soweit sie für die vollzogene Wohnungseigentümergeinschaft vorgesehen sind. Als Ergebnis der vorangegangenen Untersuchungen ist folgendes festzuhalten:

Schon vor Eintragung der Einräumung von Sondereigentum im Grundbuch (§ 4 Abs. 1 WEG) kann ein Gemeinschaftsverhältnis zwischen den zukünftigen Wohnungseigentümern bestehen, dessen rechtliche Struktur der grundbuchmäßig vollzogenen Wohnungseigentümergeinschaft entspricht. Auf diese Gemeinschaft sind die materiellen Vorschriften des Wohnungseigen-

1) Staudinger-Coing, § 21 Anm. 29; Erman-Wester-mann, § 21 Anm. 3; Ennecerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, S. 647

tumsgesetzes insoweit anzuwenden, als ihre Anwendung nicht den Eintragungsakt fordert. Das Vorliegen dieser Gemeinschaft setzt voraus, daß die Entstehung der Zuordnung des Wohnungseigentumsrechts durch Eintragung rechtlich gesichert ist, also nicht mehr einseitig durch Handlungen eines einzelnen Wohnungseigentumsanwärters vereitelt werden kann und durch Bezug der Wohnungen ein enges räumliches Zusammenleben besteht. Das Erfordernis der Grundbucheintragung steht der Bildung einer solchen Gemeinschaft nicht entgegen.

Es bleibt nunmehr noch zu untersuchen, ob mit der Klärung der materiell-rechtlichen Behandlung der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft auch die Frage nach der verfahrensrechtlichen Stellung derselben beantwortet ist. Oben wurde schon ausgeführt, daß die Auseinandersetzung mit dem Problem, wie die Rechtsbeziehungen der Eigentumsanwärter materiell zu qualifizieren sind, schon deshalb unentbehrlich ist, weil die Regelung der Verfahrenszuständigkeit in § 43 WEG bei Streitigkeiten vor endgültiger Entstehung des Wohnungseigentums jedenfalls dann außer Betracht zu bleiben hat, wenn die materiellen Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes auf die Rechtsbeziehungen der Eigentumsanwärter unanwendbar sind. Diese rein negative Folgerung gebietet jedoch noch nicht zwingend, aus dem Umfang und Grad der Zulässigkeit der Anwendung des materiellen Rechts auf die Kompetenz des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu schließen. (1)

1) LG Berlin, JR 1962, 220, a.A. AG und LG Hamburg, DB 1960

In der Rechtsprechung hat man die Möglichkeit eines solchen Schlusses vom materiellen auf das formelle Recht ebenso generell bejaht (1) wie verneint (2). Während man die Wechselwirkungen in der Anwendbarkeit von materiellem und formellem Recht ohne besondere Begründung vertrat, stützte man sich zur Ablehnung dieser Ansicht darauf, für die zwingenden Verfahrensvorschriften gelte etwas anderes als für das dispositive materielle Recht (3).

Die vorliegende Fragestellung berührt allgemein das Verhältnis von materiellem und formellem Recht, welches in den letzten Jahren Gegenstand vieler Untersuchungen gewesen ist (4) und noch nicht abschließend geklärt erscheint.

Auszugehen ist davon, daß es die Grundfunktion des Prozeßrechts ist, der Durchsetzung und Verwirklichung des materiellen Rechts zu dienen (5). Unabhängig von dem Streit um die "Selbständigkeit des Verfahrensrechtes" (6) kann gesagt werden, daß das formelle Recht nicht Selbstzweck ist, sondern "Durchgangsrecht" zur Sachentscheidung. Der Verfahrensnorm kommt kein Selbstwert zu; sie soll in einem berechenbaren und überschaubaren Verfahren

1) AG und LG Hamburg, DB 1960 = NJW 1960

2) LG Berlin, JR 1962, 220

3) LG Berlin, JR 1962, 220

4) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht; Botticher, Prozeßrecht und materielles Recht, in ZZP 1972, 1 ff; Hagen, Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre

5) Grunsky, S. 10 f; Rosenberg-Schwab, § 1 III 1

6) Ablehnend: Grunsky, S. 11; Blomeyer, AcP 159, 405; bejahend: Hagen a.a.O.

eine Sachentscheidung ermöglichen. Das Ziel des Verfahrens ist darauf gerichtet, streitige materielle Rechtsverhältnisse zu ordnen. Allerdings unterscheiden sich der Gegenstand des Verfahrensrechts von demjenigen des materiellen Rechts. Objekte des materiellen Rechts sind die unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen Rechtssubjekten, während Objekte des Prozeßrechts diejenigen Normen sind, die "menschliches Verhalten in einem auf ein Rechtspflegeziel ausgerichteten Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen regeln (1). Der Inhalt prozessualer Vorschriften wird jedoch aufgrund der Hilfsfunktion des Prozeßrechts durch materiellrechtliche Wertungen bestimmt. Verfahrensnormen und materielles Recht sind aufeinander bezogen, weil das Verfahrensrecht der Entscheidung materieller Streitfälle dient. Die Interpretation einer Norm des Prozeßrechts muß dieser Wechselbeziehungen: Verknüpfung des Prozeßrechts mit dem materiellen Recht Rechnung tragen. Das Verfahrensrecht ist Mittel und Grenze der Ausübung materieller Rechte (2). Es bezweckt eine qualifizierte Rechtsausübung. Dieser Zwecksetzung entsprechend muß das Prozeßrecht die Rechtsausübung so ordnen, wie es dem subjektiven Recht angemessen ist, d. h. nach den Wertungsprinzipien, die mit den der materiellen Rechtsausübung zusammenstimmen (3).

1) Henckel, S. 29 und S. 408

2) Henckel, S. 62 ff

3) Henckel, S. 63

Auch das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Wohnungseigentumssachen ist überwiegend als Verfahren zur Ausübung subjektiver Rechte der Wohnungseigentümer untereinander (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG) und des Verwalters (§ 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG) ausgestaltet. Demgemäß sind diese Verfahrensregelungen danach zu bewerten und auszulegen, ob sie eine dem materiellen Recht adaequate Regelung enthalten. Das bedeutet, daß die materiell-rechtlichen Wertungen für die Auslegung des § 43 WEG nutzbar zu machen sind. Für die Anwendbarkeit verfahrensrechtlicher Regelungen in Wohnungseigentumssachen vor endgültiger Begründung des Wohnungseigentumsrechts ergibt sich aus diesen Erwägungen folgendes:

Da unter den oben näher dargelegten Voraussetzungen schon vor der Eintragung im Wohnungsgrundbuch ein Gemeinschaftsgebilde vorliegt, auf das materielle Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes Anwendung finden, bestehen auch schon vor dem Eintragungsakt subjektive Rechte der Wohnungseigentumsanwärter nach dem WEG untereinander. Auch sind die in dieser Weise rechtlich zusammengeschlossenen zukünftigen Wohnungseigentümer rechtlich befugt, ihre Angelegenheiten durch Beschlüsse zu regeln. Demgemäß besteht auch für Streitigkeiten unter den Eigentumsanwärtern insoweit auch die zwingende Verfahrenszuständigkeit, die in § 43 WEG vorgesehen ist.

D Zusammenfassung

Das Problem der verfahrensrechtlichen Beurteilung der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht ohne deren materiell-rechtliche Einordnung lösbar. Denn es besteht eine Wechselbeziehung zwischen formellem und materiellem Recht, die sich aus der Eigenart des Verfahrensrechts ergibt. Die materiell-rechtliche Qualifizierung der entstehenden Eigentümergeinschaft setzt voraus, die Rechtsnatur der durch Eintragung im Grundbuch vollzogenen Gemeinschaft zu bestimmen. Für diese ist die Zuordnung von Wohnungseigentum an mehrere Rechtssubjekte kennzeichnend. So wie das Wohnungseigentum durch das WEG (§ 1 Abs. 2 WEG) als Zusammenfassung von Miteigentum und Sondereigentum definiert wird, ist die Wohnungseigentümergeinschaft als Verbindung einer Miteigentümergeinschaft und einer Sondereigentümergeinschaft zu einem einheitlichen Gemeinschaftsgebilde zu verstehen. Trotz gewisser Sonderregelungen vor allem hinsichtlich des Sondereigentums ist die Wohnungseigentümergeinschaft als eine besondere Form der Gemeinschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren. Die „Entwicklung zu dieser Gemeinschaft verläuft in verschiedenen rechtlichen und tatsächlichen Entwicklungsstadien. Sobald die Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft rechtlich gesichert ist und faktisch die Eingliederung der Eigentumsanwärter in die Gemeinschaft durch Inbesitznahme der Wohnungen erfolgt ist, können Vorgemeinschaft und vollzogene Gemeinschaft rechtlich gleich bewertet werden. Von dieser Entwicklungsstufe an ist es gerechtfertigt, die materiell-rechtlichen Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes, die das Innenverhältnis der Wohnungseigentümer regeln, auf die Gründungsgemeinschaft anzuwenden. Die Grundbucheintragung steht aufgrund ihrer rechtlichen Bedeutung dieser Anwendung

nicht entgegen. Das Gesetz sieht für die Verwirklichung dieser Ansprüche das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor. Demgemäß ist es sachlich gerechtfertigt, den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit von dem Entwicklungsstadium an für zuständig zu halten, in dem sich die Beziehungen der Wohnungseigentumsanwärter nach dem Wohnungseigentumsgesetz regeln.

Vierter Teil:

Die Bedeutung des Wechsels eines Wohnungseigentümers oder Verwalters für die Verfahrenszuständigkeit

Im letzten Teil der Arbeit soll die Frage erörtert werden, ob sich das Ausscheiden eines Wohnungseigentümers aus der Gemeinschaft oder die Abberufung des Verwalters auf die Verfahrenszuständigkeit nach § 43 WEG auswirkt. Ein solcher Wechsel eines Subjekts bzw. eines Organs der Gemeinschaft kann vor oder nach der Rechtshängigkeit eines Verfahrens erfolgen.

A Der Streitstand

Die Gerichte und das Schrifttum haben dieses Problem unterschiedlich beurteilt.

Der Bundesgerichtshof (1) verneinte die Kompetenz des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Entscheidung über Streitigkeiten mit einem vor Rechtshängigkeit ausgeschiedenen Wohnungseigentümer, obwohl Rechte und Pflichten aus der früheren Wohnungseigentümerstellung umstritten waren. Nach seiner Ansicht unterscheiden sich die Interessen der ehemaligen und derzeitigen Wohnungseigentümer so, daß die Ausgeschiedenen, die nicht mehr zur Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gehören, nicht in das Verfahren nach § 43 WEG einzubeziehen sind. Sonst bestünde die Gefahr, daß die Ausgeschiedenen bei der Verfolgung ihrer Interessen gemeinschaftswidrige Ziele anstrebten. Außerdem würde bei großen Wohnobjekten der Kreis der Verfahrensbeteiligten in Anbetracht des häufigen Wechsels der Wohnungseigentümer übermäßig ausgeweitet.

1) BGHZ 44, 43

Diese Entscheidung hinderte den Bundesgerichtshof unlängst (1) nicht, das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 43 WEG für anwendbar zu erklären, wenn ein Wohnungseigentümer Ansprüche gegen den früheren, abberufenen Verwalter geltend macht, die aus der Verwaltertätigkeit herrühren.

Das Kammergericht (2) hielt den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit für entscheidungsbefugt, wenn ein Wohnungseigentümer nach Rechtshängigkeit aus der Gemeinschaft ausscheidet, indem er sein Wohnungseigentum veräußert. Zur Begründung hat sich das Gericht darauf berufen, in solchen Fällen sei die Verweisung auf den Zivilprozeß nicht prozeßökonomisch und führe leicht zu Verfahrensverdoppelungen mit der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen. Im Ergebnis entspricht diese Auffassung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.

In Übereinstimmung mit der oben genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes hat auch das OLG Hamm (3) die Kompetenz des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Streitfälle mit dem nach Rechtshängigkeit abberufenen Verwalter bejaht, wenn um dessen - früheren - Rechte und Pflichten bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gestritten wird. Dagegen sei der Prozeßrichter zur Klärung der schuldrechtlichen Beziehungen aus dem Anstellungsverhältnis zwischen Verwalter und Wohnungseigentümern berufen.

1) BGH NJW 1972, 1318 (1320)

2) KG NJW 1970, 330 (331 f)

3) OLG Hamm, MDR 1971, 46 = Rechtspfleger
1970, 400

Darüber hinausgehend ist nach der Meinung des BayOblG (1) und des Landgerichts München (2) die Verfahrenszuständigkeit des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch für Streitigkeiten zwischen Wohnungseigentümern und dem vor Einleitung des Verfahrens abberufenen Verwalter gegeben. Entscheidend für die Bestimmung des Verfahrens sei, ob um Rechte und Pflichten des - ehemaligen - Verwalters gestritten werde. Das Schrifttum hat diese Rechtsprechung gebilligt. Ist ein Wohnungseigentümer vor Rechtshängigkeit des Verfahrens aus der Gemeinschaft ausgeschieden, so soll der Zivilprozeßrichter über Streitigkeiten entscheiden. Dagegen berühre eine Veräußerung des Wohnungseigentums nach Rechtshängigkeit die Zulässigkeit eines Verfahrens nach § 43 WEG nicht (3). Ansprüche der Wohnungseigentümer gegen einen abberufenen Verwalter sollen solange vor dem Amtsrichter der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltend gemacht werden, bis alle mit der Verwaltertätigkeit zusammenhängenden Pflichten erfüllt sind (4). Der Grundsatz der Kontinuität der Verwaltungsführung und die Notwendigkeit einer einheitlichen Betrachtungsweise aller Verwaltungsvorgänge durch den FG-Richter werden als Begründung dieser Meinung angeführt.

B Eigene Ansicht

Im Rahmen einer Stellungnahme zu dem vorliegenden Problem wird zwischen dem Wechsel eines Wohnungseigentümers oder Verwalters vor und nach Rechtshängigkeit unterschieden. Mit der Einleitung eines Verfahrens tritt nämlich ein prozessualer Zustand ein, an den sich bestimmte Wirkungen knüpfen.

1) BayOblG, Rechtspfleger 1970, 65

2) LG München, Rechtspfleger 1970, 64

3) Weitnauer-Wirths, § 43 Rdn. 4 g; Rietschel, LM Nr. 1 zu § 43 WEG

4) Diester, Rechtspfleger 1970, 55 ff

I. Der Wechsel vor Einleitung eines Verfahrens

Veräußert ein Wohnungseigentümer sein Wohnungseigentum oder gibt er dieses Recht in anderer Weise auf, so verliert er die Rechtsstellung eines Wohnungseigentümers. Ebenso endet das Verwalteramt mit der Abberufung des Verwalters. Mit dem Verlust der Rechts- bzw. Amtsstellung entfallen auch die Gründe für die Anwendung des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 43 Abs. 1 WEG, der schon seinem Wortlaut nach nicht anwendbar ist. Denn das Verfahren in Wohnungseigentumssachen ist dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen worden, um Auseinandersetzungen innerhalb der Gemeinschaft schnell und wirksam zu klären, ohne durch allzu starre formelle Bindungen gehemmt zu sein. Diesem Zweck des Gesetzes entspricht es nicht, Streitfälle zwischen Rechtssubjekten, die nicht mehr zur Gemeinschaft gehören, dem Prozeßrichter zu entziehen. Im übrigen bestünde dann die Gefahr, daß im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Ziele und Interessen verfolgt werden, die denen der Gemeinschaft widersprechen (1). Davon abgesehen dient die hier vertretene formelle Betrachtungsweise der Rechtssicherheit. Sie ermöglicht nämlich im Gegensatz zu den Auffassungen, die für Streitigkeiten mit dem abberufenen Verwalter darauf abstellt, ob Rechte und Pflichten aus der Verwaltertätigkeit betroffen sind, eine klare und deutliche Abgrenzung von Verfahren der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit. Denn sie vermeidet eine Ermittlung der Beteiligtenstellung mittels des schillernden, vieldeutigen und unsicheren Begriffs des subjektiven Rechts, das sich gegen den ehemaligen Verwalter richtet oder ihm zusteht. Letztlich sind der abberufene Verwalter

1) Vgl. dazu schon: BGHZ 44, 43 f

und der ausgeschiedenen Wohnungseigentümer verfahrensrechtlich gleich zu behandeln, wenn man der Meinung sich anschließt, daß der Verlust des materiellen Rechts bzw. des Verwalteramtes die Zuständigkeit des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausschließt. Damit treten Widersprüche nicht auf, die für die herrschende Ansicht etwa bei Streitigkeiten zwischen einem abberufenen Verwalter und einem ausgeschiedenen Wohnungseigentümer unvermeidbar sind.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß Streitigkeiten mit einem ausgeschiedenen Wohnungseigentümer oder abberufenen Verwalter im Zivilprozeß auszutragen sind.

II. Der Wechsel nach Einleitung eines Verfahrens

Die oben für den Wechsel vor der Rechtshängigkeit dargelegte Ansicht gilt nicht ohne weiteres für den Fall, daß der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit schon angerufen wurde, bevor der Wohnungseigentümer seine Gemeinschaftserstellung verliert bzw. der Verwalter abberufen wird. Materielles und formelles Recht knüpfen an eine Anrufung des Gerichts Wirkungen verschiedener Art, die zum Teil für die Klärung der vorliegenden Problematik bedeutsam sind. So ist es im neueren verfahrensrechtlichen Schrifttum anerkannt, daß ein bei Rechtshängigkeit begründeter Rechtsweg auch bei späterer Änderung der die Zulässigkeit des Rechtsweges bestimmenden Tatsachen bestehen bleibt (1). Unter dem Einfluß moderner Verfahrensgesetze wie der VwGO (§ 90 Abs. 3) oder der FGO (§ 66 Abs. 3) ist man zu der Ansicht gelangt, daß der § 263 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, der seinem Wortlaut nach nur bei einer Veränderung der die Zuständig-

1) Grunsky, S. 313; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 263 Anm. IV I 2; a.A. noch BGH NJW 1965, 586

keit des ordentlichen Gerichts begründenden Tatsachen anwendbar ist, auch für die Zulässigkeit des Rechtsweges, erst recht also für Änderungen der Verfahrenszuständigkeit gelten muß. Die zur Zeit der Rechtshängigkeit einmal vorhandene Verfahrenszuständigkeit besteht fort und kann durch spätere Veränderungen der sie begründenden Umstände nicht verloren gehen. Demgemäß bedarf es keiner Verfahrensänderung vom Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Zivilprozeß, wenn ein Wohnungseigentümer nach Rechtshängigkeit ausscheidet oder der Verwalter abberufen wird. Vielmehr bleibt das schon begonnene Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit weiter zulässig. Entgegen Rietschel (1), der im Ergebnis auch für die Fortdauer der bei Rechtshängigkeit begründeten Verfahrenszuständigkeit eintritt, kann diese Meinung sich nicht auf § 265 ZPO stützen. § 265 ZPO regelt nämlich die prozessualen Wirkungen einer Veräußerung des streitbefangenen Gegenstandes; die Vorschrift behandelt nicht die Auswirkung tatsächlicher oder rechtlicher Änderungen der die Zuständigkeit des Gerichts bzw. die Zulässigkeit des Rechtswegs begründenden Tatsachen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig bleibt, wenn nach Verfahrenseinleitung der Verwalter abberufen wird oder ein Wohnungseigentümer ausscheidet.

1) LM Nr. 1 zu § 43 WEG

Ergebnisse der Arbeit:

1. Die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Wohnungseigentumssachen (§ 43 Abs. 1 WEG) gehören teils zu den echten privatrechtlichen Streitsachen (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WEG), teils zu den klassischen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 43 Abs. 1 Nr. 3 und 4 WEG).
2. a) Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist zuständig, über Ansprüche auf Einwilligung in die Aufhebung der Wohnungseigentümergeinschaft zu entscheiden.

b) Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist berufen, über die Wirksamkeit von Beschlüssen der Wohnungseigentümer zu befinden, einem Wohnungseigentümer das Wohnungseigentum zu entziehen.

c) Der Zivilprozeßrichter ist kompetent, über Streitigkeiten der Wohnungseigentümer zu urteilen, die sich aus besonderen Vertragsverhältnissen über die Errichtung und Finanzierung des Gebäudes ergeben. Regeln die Wohnungseigentümer ihre diesbezüglichen Rechtsbeziehungen in Vereinbarungen nach § 10 WEG oder fehlt insoweit überhaupt eine Regelung, so ist der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit entscheidungsbefugt.

d) Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist zuständig, Streitigkeiten der Wohnungseigentümer untereinander über Inhalt und Umfang des Sondereigentums zu entscheiden, wenn die Streitigkeiten Rechtsbeziehungen aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer betreffen, die auch hinsichtlich des Sondereigentums bestehen können.

- e) Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann über Schadensersatzansprüche der Wohnungseigentümer untereinander befinden, wenn diese Ansprüche aus der Verletzung von Rechten herrühren, über die der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden hat.
 - f) Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist kompetent, über Streitigkeiten aus dem Verwaltervertrag zu urteilen.
 - g) Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist berechtigt, Mehrheitsbeschlüsse der Wohnungseigentümer aufzuheben und auf Antrag eines Wohnungseigentümers durch eigene Entscheidung mit verbindlicher Wirkung für alle Gemeinschaftler zu ersetzen.
3. Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist für Streitigkeiten werdender Wohnungseigentümer eröffnet, wenn die Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft rechtlich gesichert ist und die Eigentumsanwärter die Wohnungen in Besitz genommen haben.
4. Der Zivilprozeßrichter ist für Streitigkeiten mit aus-
geschiedenen Wohnungseigentümern bzw. abberufenen Verwaltern entscheidungsbefugt. Erfolgt das Ausscheiden bzw. die Abberufung erst nach Rechtshängigkeit, bleibt das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig.

Lebenslauf

Am 13. 11. 1941 wurde ich, Günther Trautmann, als Sohn des Rechtsanwaltes Wilhelm Trautmann und seiner Frau Gerda, geb. Graf, in Bad Kreuznach geboren.

Von Herbst 1947 bis Ostern 1951 besuchte ich die Volksschule in Gensingen/Bingen, anschließend das humanistische Gymnasium in Bingen, an dem ich im März 1960 die Reifeprüfung ablegte.

Von 1960 - 1964 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Heidelberg, Freiburg und Mainz. Im November 1964 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt beim Ministerium der Justiz in Mainz die erste juristische Staatsprüfung.

Den juristischen Vorbereitungsdienst, den ich im Sommer 1965 begann, unterbrach ich im Herbst 1965, um als Stipendiat der französischen Regierung ein Studienjahr an der Universität Dijon zu verbringen. Im September 1969 legte ich vor dem Justizprüfungsamt in Mainz die große juristische Staatsprüfung ab. Nach sechsmonatiger Tätigkeit als Rechtsanwalt verwaltete ich bis Januar 1971 die Stelle eines wissenschaftlichen Assistenten an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz.

Seit 1. Februar 1971 bin ich bei der Stadt Mainz als Jurist tätig.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 2. Februar 1975 statt.

